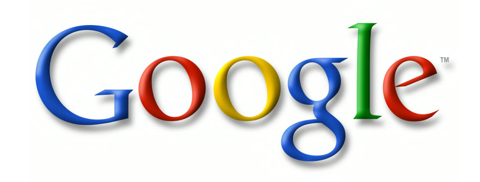

Google



FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ESSAI

SUR LA

CONDITION CIVILE

DE LA

FEMME MARIÉE

A ROME ET EN FRANCE

> « Elle a pour elle sa grâce, elle a sa beauté ;
> « elle sait pleurer, elle sait sourire, et avec cela
> « elle tient le sceptre dans la maison. »
>
> M. PELLETAN, *la Mère*, page 9.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

V.-F. OSCAR MONLEZUN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Né à Bonnefont (Hautes-Pyrénées)

PARIS

TYPOGRAPHIE N. BLANPAIN

7, RUE JEANNE, 7

1878



FACULTE DE DROIT DE PARIS

ESSAI

SUR LA

CONDITION CIVILE

DE LA

FEMME MARIÉE

A ROME ET EN FRANCE

« Elle a pour elle sa grâce, elle a sa beauté ;
« elle sait pleurer, elle sait sourire, et avec cela
« elle tient le sceptre dans la maison. »

M. PELLETAN, *la Mère*, page 9.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

V.-F. OSCAR MONLEZUN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Né à Bonnefont (Hautes-Pyrénées)

PARIS

TYPOGRAPHIE N. BLANPAIN

7, RUE JEANNE, 7

1878

A MON EXCELLENT PÈRE — A MON EXCELLENTE MÈRE

Affection — Reconnaissance — Dévouement

A TOUS CEUX QUI ME SONT CHERS

A M. L. GANTHIER

Ancien Notaire,

Directeur de l'École de notariat de Paris,

Hommage respectueux d'un Élève reconnaissant.

O. M.

INTRODUCTION

Fille ou veuve, la femme française jouit de la capacité la plus absolue de contracter. Dès le jour de sa majorité, elle a, comme l'homme, la libre disposition de sa personne et de son patrimoine. Epouse, au contraire, elle est mineure ; à l'instant même où, revêtu de son écharpe, l'officier de l'état civil prononce les paroles sacramentelles, la personnalité de la femme, comme par l'effet d'une puissance magique, sans disparaître complétement, devient tout à coup incomplète ; pour se reconstituer, elle a besoin d'un concours nouveau, celui du mari, appelé à donner ce qu'on appelle l'*autorisation maritale*.

La précarité de la condition de la femme mariée se fait, en outre, sentir à d'autres points de vue.

Sans parler de la passivité à laquelle, sous certains régimes, elle est condamnée, en présence des dépenses folles que peut faire le mari, au grand préjudice des biens de la famille, du produit même de son labeur, nous ferons remarquer qu'aux termes de l'art. 213 du Code civil, elle lui doit, non pas déférence, mais *obéissance*.

L'article 374 déclare que « l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père. » On ne se préoccupe en aucune façon de la mère.

Dans l'art. 148, nous lisons que « les enfants ne peuvent contracter mariage, sans le consentement des père et mère ; en cas de dissentiment, le consentement du père suffit. » Ainsi, le père consent, la mère refuse ; le mariage aura lieu malgré elle ; le père refuse, elle consent ; sa volonté ne servira de rien ; bref, elle ne pourra ni marier son enfant, ni lui interdire un mauvais choix. La femme-mère est annihilée.

Des art. 337 et 339 du Code pénal, il résulte que l'adultère de la femme, *en quelque endroit qu'il ait eu lieu*, sera puni de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus ; tandis que l'adultère du mari ne le fera condamner qu'à une amende de 100 à 2000 francs, et encore seulement lorsqu'il a été commis au domicile conjugal, avec une concubine entretenue dans ce domicile.

Pour justifier cette distinction, on prétend, il est vrai, que l'infidélité de la femme a des conséquences plus graves que l'infidélité du mari ; en manquant à ses devoirs, l'épouse donnera le jour à des bâtards, qui viendront, à l'égal des enfants légitimes, prendre part dans la succession du mari.

Rien n'est moins décisif. L'adultère de la femme introduit des enfants étrangers dans la famille de son mari ; mais l'inconduite du mari en introduit dans celle des autres, et, pour la société, considérée dans son ensemble, le résultat est identi-

que. Pourquoi, dès lors, établir une différence? A égale faute, égal châtiment.

Mais comment expliquer cette sorte d'infériorité au point de vue de la capacité juridique dans laquelle le législateur a placé la femme? D'où vient au mari sa situation privilégiée et son pouvoir parfois exclusif qui en fait le souverain, le chef de son épouse?

Ne pourrait-on pas dire, pour excuser et comprendre les rédacteurs du Code, qu'ils se sont laissé influencer par les idées et les exemples que leur fournissait l'histoire, au sujet des femmes? A Rome, l'*imbecillitas* et la *fragilitas sexûs* sont le thème favori des jurisconsultes. Au moyen âge, on rappelle « *avec monseigneur saint Augustin, que la femme est une beste qui n'est pas ferme ni estable, qu'elle est hargneuse à la confusion de son mari et nourrissante de mauvaisetés.* »

Cette définition admise, on n'est pas étonné d'entendre Beaumanoir (LVII, 6) déclarer que : « Il loist bien à l'omme batre sa feme sans mort et sans mehaing (rupture de membre) quand elle meffet, si comme quand elle est en voie de fere folie de son cors, ou quand elle dement son baron, ou maudist, ou quand elle ne veut obéir à resnables commandements que prode feme doit fere : en tel cas et en semblables est-il bien mestiers que li maris soit castierres de sa feme resnablement. »

Au seizième siècle, parmi les jurisconsultes,

c'était la mode de médire des femmes ; d'Argentré, savant docteur, mais véritable Caton breton, s'écrie : « Il y a dans cet animal des mouvements effrénés, une colère aveugle, une impétuosité qui bouillonne, une grande pauvreté de bon sens, une extrême faiblesse de jugement, un orgueil indomptable. » (Coutume de Bretagne, *des mariages*, art. 410.)

Pour Pothier, la femme au regard de son mari est une inférieure en face de son supérieur.

Tout cela nous prouve que de grands esprits peuvent tomber dans une erreur profonde. Aujourd'hui, ces citations ont tout au plus le don de nous faire sourire. Il faut reconnaître à la femme des qualités et des droits égaux aux nôtres. Qui n'a vu des ménages où le mari, incapable ou adonné à ses plaisirs, est suppléé par sa femme dans l'administration des biens de la famille ? Et ces ménages ne sont pas ceux qui prospèrent le moins.

Il est vrai que la femme, en général, n'a pas l'expérience des affaires, qu'elles lui font éprouver ennui et découragement. Mais à qui la faute ? Ne doit-elle pas nous être imputée ? N'avons-nous pas le soin d'écarter la jeune fille d'abord, l'épouse ensuite, de toutes les affaires ? Ne faisons-nous pas un peu comme les patriciens des premiers temps de Rome, dont la connaissance exclusive des mystères du droit faisait la force auprès du peuple ?

Modifions donc l'instruction de la femme. Initions-la, jeune encore, aux difficultés de la vie pratique; apprenons-lui à savoir sauvegarder ses intérêts; du reste, la pensée qu'un jour elle peut se trouver seule, sans appui, sans conseil, devrait suffire pour nous y engager. Alors, croyez-le, son aptitude aux affaires sera égale à la nôtre, et l'incapacité dont la frapperait le législateur n'aurait plus sa raison d'être, son devoir serait de l'effacer; car on ne pourrait plus présumer qu'elle a voulu chercher dans le mariage protection et refuge contre son inexpérience.

Mais, dira-t-on, l'incapacité de la femme a encore pour fondement la nécessité d'un chef unique dans le ménage. Nous savons bien que cette idée est généralement admise, mais est-elle bien sérieuse? Pourquoi l'homme et la femme ne formeraient-ils pas une association conjugale, chacun avec des pouvoirs égaux sur ses biens propres et sur les acquêts?

La femme séparée a des ressources que n'a pas la femme commune : a-t-on jamais entendu dire qu'elle ait abusé de sa capacité juridique? Enfin, à tout mal, il y a remède; au prodigue, on nomme un conseil judiciaire.

Méditons, en même temps, ces admirables paroles de notre savant maître, M. Gide : « Nul changement ne s'est accompli dans la condition particulière de la femme, sans réagir aussitôt sur la constitution de la société tout entière.

« Partout où l'homme a dégradé la femme, il s'est dégradé lui-même; partout où il a méconnu les droits de la femme, il a perdu lui-même ses propres droits.

« Ainsi, dans les pays où la femme est traitée en esclave, l'homme a perdu le sentiment et jusqu'à la notion de la liberté. On le voit par les pays d'Orient, où règne la polygamie, et qui sont, comme dit Montesquieu, la vraie patrie du despotisme : la femme y appartient à l'homme, mais l'homme, à son tour, appartient au despote. Tyran dans son sérail, il est esclave partout ailleurs.

« Partout, au contraire, où les constitutions ont assuré à la femme la liberté, la capacité, la dignité morale, on a vu fleurir, comme sur un sol propice, les vertus domestiques et les vertus civiques, les libertés de l'homme privé et les libertés du citoyen. » (*Etude sur la condition privée de la femme.*)

On comprend par ces mots combien est important le sujet que nous avons la témérité d'entreprendre et de vouloir ébaucher. Ici, peut-être plus qu'ailleurs, il convient de planter des jalons. En conséquence, nous allons étudier : 1° la condition de la femme mariée dans le droit ancien, et 2° cette même condition dans le droit actuel; ce qui nous permettra de suivre toutes les modifications qu'elle aura pu subir depuis les temps les plus reculés.

DROIT ANCIEN

Sous ce titre, nous allons étudier la condition civile de la femme mariée chez différents peuples de l'Orient, à Rome et dans notre vieille France. C'est donc une sorte d'histoire de cette condition que nous nous proposons de faire. L'histoire, nous le savons, est d'une grande utilité, d'une grande ressource dans l'étude du droit. Rappelons-nous ce que disait Henrion de Pansey : « L'histoire est aux lois ce qu'est la lumière aux objets qu'elle colore. » (*Eloge de Dumoulin.*)

LÉGISLATION ORIENTALE

Dans toutes les législations orientales, à l'exception de celles de la Grèce, on voit l'idée de l'infériorité de la femme parfaitement établie et produisant ses effets. La cause en est dans l'esprit d'humilité, de subordination qui anime, ou plutôt qui dégrade ces peuples incivilisés dont les classes supérieures tiennent les classes inférieures en quasi-esclavage.

Il y a au fond du cœur de l'homme un peu de

lâcheté et de cruauté qui finit par se développer lorsque l'éducation n'y met pas bon ordre. L'homme de l'Orient, dominé par ses despotes, est heureux de faire parade à son tour vis-à-vis d'un autre être de sa force et de son pouvoir; la tyrannie qu'il subit, il l'exerce sur sa compagne; de là, la condition si précaire de la femme en Orient.

CHINE

La législation chinoise la plus ancienne du monde est aussi la plus ignorée. Ce n'est guère que par les récits des voyageurs et des missionnaires que les secrets de ce peuple aussi mystérieux qu'original nous sont dévoilés.

Un ouvrage appelé *Nieu-Kié-tsi-pien*, des plus estimés en Chine, et composé par une femme, commence en ces termes : « Nous tenons le dernier rang de l'espèce humaine; nous sommes la partie la plus faible du genre humain : les fonctions les plus humbles doivent être et sont notre partage. » L'auteur, qui est une femme admet ainsi sans débat, l'infériorité de son sexe; c'est en quelque sorte de droit naturel.

L'obéissance est une vertu, un devoir pour elle, et non-seulement l'obéissance de la femme envers son époux, de la fille envers ses parents, mais même des veuves envers leurs fils.

La femme est considérée comme une chose ; elle est la propriété de son père, qui la vend à un mari :

tantôt il reçoit de son gendre une somme d'argent, des bestiaux ou des présents, tantôt le gendre obtient la femme au moyen de services personnels. Mariée, elle est sous la plus grande dépendance, soumise non-seulement à son mari, mais encore aux parents de son mari, dont elle est comme l'esclave ou la servante! La polygamie a été de tout temps admise en Chine ; il y a une femme principale, qui commande aux *femmes petites ;* elle est considérée comme la mère de tous les enfants des *femmes petites*. Les Chinois prétendent que la femme n'a pas d'âme ; sa capacité est absolument nulle ; son consentement n'est requis dans aucun cas. Elle ne peut acquérir ; elle ne succède pas, et se trouve ainsi, à la mort du mari, n'avoir plus aucun bien.

INDE

C'est surtout par les *lois de Manou* que la législation indienne est connue en Europe. Ces lois forment une sorte de *Coran*, réglant la conduite civile, morale et religieuse de l'homme.

La situation sociale des femmes indiennes n'est pas digne d'envie : leur incapacité est générale et perpétuelle : pendant son enfance, la femme dépend de son père ; puis de son mari ; veuve, de ses fils ; si elle n'a pas de fils, des proches parents de son mari : elle ne doit jamais se gouverner elle-même.

Cependant, Manou défend au père de vendre sa fille en la mariant.

Il la protége aussi contre les sévices dont elle pourrait être victime : « Ne frappez pas une femme, dit-il, même avec une fleur, bien que cette femme soit chargée de fautes. » Mais à côté de cela, il déclare que le créateur lui a donné tous les mauvais penchants ; et il recommande à l'homme de se défier d'elle : « Il est dans la nature de la femme de chercher à corrompre, et c'est pour cela que le sage ne s'abandonne pas à la séduction. Une femme peut écarter du droit chemin non-seulement un insensé, mais encore l'homme pourvu d'expérience. »

Le mari a pouvoir absolu sur la femme : « La femme doit révérer le mari comme un dieu, dit Manou, même s'il est infidèle. » Avec l'esprit si profondément religieux, fanatique même de ces peuples, de quel respect l'homme n'est-il pas entouré, d'après cette prescription !

Ne pourrait-on pas voir là l'origine de cette coutume fort enracinée, qui fait regarder comme un déshonneur le refus fait par la femme de se jeter et de périr sur le bûcher qui va consumer la dépouille de son mari prédécédé?

PERSE

Zoroastre est le suprême législateur de la Perse : « La femme, ordonne-t il dans son livre *Zend-Avesta*, doit respecter son mari pour ainsi dire

comme un dieu. » Et ce n'est pas une formule vaine; car, plus loin, il s'explique; il veut que le matin, sortant du lit conjugal, elle se prosterne devant son époux pour lui demander ses ordres.

Dans les temps les plus reculés la femme n'était pas dotée; elle recevait seulement de ses parents quelques vêtements et des bijoux, selon leur fortune. Quant au mari, il a toujours donné un douaire assez important. (*Zoroastre, Confucius et Mahomet*, par M. de Pastoret, p. 80.)

L'inégalité qui résultait de cette différence entre le mari et la femme était trop choquante pour qu'on n'y cherchât point remède ; aussi, la femme finit par être obligée d'apporter une dot : l'ancien usage disparut.

TURQUIE

Zoroastre avait exigé que le mariage fût consacré par la religion. Mahomet établit un principe tout différent; pour lui le mariage est purement civil, et même il va plus loin : « Le désir d'épouser une femme suffit pour l'autoriser ; le consentement des parents n'est pas nécessaire. » (*Coran*, ch. II, v. 215.)

Ainsi s'explique la grande variété qui règne dans les mariages turcs : ici, des femmes sont mariées avec leur consentement et avec celui de leurs parents; là, des esclaves sont élevées par le caprice du maître au rang d'épouses; autre part,

des jeunes filles sont enlevées de force, et le ravisseur les conserve dans son harem.

Mahomet a envisagé la femme comme une esclave. « Le mari peut la répudier, la frapper si elle désobéit. » (*Coran*, ch. IV, 138).

« Les femmes sont votre champ : cultivez-le de la manière que vous l'entendrez. » (Chap. II, v. 222).

Et, plus loin : « Les hommes sont supérieurs aux femmes à cause des qualités par lesquelles Dieu a élevé ceux-là au-dessus de celles-ci, et parce que les hommes emploient leurs biens à doter leurs femmes. » (Chap. IV, v. 3).

Il résulte certainement de ce dernier texte que c'est le mari qui doit la dot, proportionnée à ses facultés. S'il est pauvre, la femme pourra lui en faire remise. (Ch. II, v. 236).

L'administration de la dot appartient à la femme, si le mari y consent. C'est là une disposition assez extraordinaire, qui contraste avec l'opinion assez défavorable que Mahomet avait de la femme.

Enfin, nous notons en terminant que la femme a un droit dans une partie de la succession de son mari (ch. II, v. 241 ; ch. IV, v. 8).

De son côté, le mari, si sa compagne ne laisse pas d'enfants, succède à la moitié de ses biens propres ; si elle laisse des enfants, le mari prend le quart (ch. IV, v. 13).

PALESTINE

Dans son *Histoire de la législation*, M. de Pastoret émet l'avis que la femme juive était achetée par son mari. M. Salvador *(Histoire des Institutions de Moïse et du peuple hébreu)* a combattu cette opinion; mais, passant à un système tout opposé, il affirme que la femme était l'égale de l'homme. C'est là une erreur manifeste, et il suffit pour s'en convaincre de lire le chapitre III, v. 16 de la Genèse, où Dieu, après la faute de la femme, lui adresse ces paroles : « L'homme sera ton maître et tu seras forcée de lui obéir. » Cette idée de la subordination de la femme se trouve d'ailleurs à chaque pas dans l'Ancien Testament.

La femme n'était point vendue à son mari ; cependant il existait dans la nation juive un usage bizarre. Le mari devait à sa femme le prix de sa virginité, et ce prix fixé ordinairement à 200 zuzimes, composait sa dot (*Exode*, ch. XXI, v. 10). De plus, elle recevait une sorte de donation *ante nuptias*.

Nous concluons de là que la femme juive, ce qui contraste avec l'incapacité des femmes de presque tout l'Orient, pouvait avoir des biens pendant son mariage, biens dont le mari avait l'usufruit. (*Mischna*, ch. VIII, p. 83.)

Terrible était la sanction du pouvoir marital sur la personne de la femme ; le mari pouvait ré-

pudier la femme, qui refusait d'obéir; il le pouvait, même si elle lui déplaisait, *propter aliquam fœditatem*. (*Deuteronome*, ch. XXIV, v. 7.)

Si la femme a vendu un bien lui appartenant, connu du mari, ce dernier peut réclamer les fruits aux acheteurs, car ils lui appartiennent, puisqu'il est usufruitier ; il ne peut revendiquer le bien lui-même ; car il ne lui appartiendra peut-être pas ; mais si la femme meurt pendant le mariage avant son conjoint, celui-ci devient son héritier, et comme dès lors c'est un bien à lui qui se trouve avoir été vendu, il le revendiquera légitimement, moyennant restitution du prix d'achat, si toutefois ce prix n'a pas été dissipé. Pour les biens que le mari ne connaît pas, la femme a pouvoir de les aliéner. (*Mischna*, ch. VIII, p. 83.)

Cependant, la loi contient quelques mesures de protection pour la femme même esclave : « Si un homme, ayant pour concubine une esclave juive, épouse une autre femme il ne retranchera rien de la nourriture de l'esclave et ne manquera à aucun des devoirs conjugaux envers elle. » (*Exode*, ch. XXI, 10-11.)

Enfin, la mère a autorité sur ses enfants.

GRÈCE

Jamais la femme n'a été plus honorée et plus respectée qu'aux temps héroïques de la Grèce. Homère nous montre la femme grecque remplis-

sant un rôle très important dans l'intérieur de la famille; elle s'occupe des sacrifices, elle règne dans la maison, au milieu de ses esclaves et de ses enfants ; la polygamie existe; mais il n'y a qu'une seule épouse légitime, qui est considérée comme la mère de tous les enfants ; en temps de guerre, les femmes et les filles suivaient leurs maris et leurs pères dans les camps. Elles n'allaient pas aux assemblées populaires, mais elles savaient tout ce qui s'y passait, et conseillaient leurs maris ou leurs pères au moment où ils partaient pour le conseil. Les maris achetaient leurs femmes par des présents qu'ils faisaient au père. Homère qualifie souvent les jeunes filles de αλφησιβοοι ; elles rapportent des bœufs à leur père ; c'était le présent ordinaire. Nausicaa (*Odyssée*, liv. 5) dit à son père : « On t'offrira des bœufs et des présents. »

Mais ces mœurs avaient bien changé à l'époque de Solon, à l'époque de la grandeur de la Grèce. A Athènes, l'organisation domestique était liée étroitement à l'organisation politique : le citoyen passait sa vie sur la place publique : la femme était reléguée dans son gynécée : elle avait des droits, mais elle ne pouvait pas les exercer. Trois classes de personnes sont incapables d'agir par elles-mêmes, à Athènes : l'esclave, l'enfant et la femme : l'esclave n'a pas de volonté, l'enfant en a une, mais incomplète, la femme en a une, mais impuissante. Privée de capacité juridique par la faiblesse de sa nature, la femme était toute

sa vie soumise à la puissance d'un tuteur, qui agissait pour elle. Ce tuteur, c'était son père, son mari ou un parent. Remarquons que cette incapacité d'agir est établie uniquement dans un but de protection pour la femme. Le père, le mari ou les tuteurs ne peuvent pas disposer comme bon leur semble des biens de la femme. Le mari conserve le patrimoine de sa femme et sa dot : la femme a une sorte de privilége et d'hypothèque pour recouvrer ses biens.

Dans la famille Xénophon nous indique quels sont les devoirs de la femme.

« La femme doit ressembler à la reine des abeil-
« les, ne pas sortir de la maison, exercer une sur-
« veillance active sur les esclaves, leur distribuer
« leurs tâches diverses, recevoir les provisions
« et les mettre en ordre, économiser avec soin ;
« tout ce qui n'aura pas été employé, le mettre en
« réserve, surveiller la fabrication des toiles et des
« habits, ainsi que la cuisson du pain ; prendre
« soin des esclaves infirmes, ranger avec attention
« et tenir bien propres les ustensiles de cuisine,
« leur donner des noms convenables qui servent
« à les faire reconnaître, nourrir et élever les en-
« fants, enfin prendre soin de la toilette. » (*Economie domestique.*)

Bien qu'il y ait plus de deux mille ans que ces conseils ont été formulés, nous ne saurions encore trop les recommander aux jeunes femmes, qui se proposent de devenir des épouses modèles.

DROIT ROMAIN

A Rome, la condition civile de la femme mariée était différente, suivant qu'elle était ou non sous la *manus* du mari.

Tantôt, sa personnalité disparaît, elle se confond dans celle du mari ; il y a mariage avec *manus*. Tantôt, quoique mariée, la femme demeure libre, et sa personnalité est parfaitement distincte de celle du mari ; nous nous trouvons alors en présence d'un mariage sans *conventio in manum*. De là, la division toute naturelle de notre travail en deux parties, comprenant la première la condition de la femme dans le mariage avec *manus*, et la seconde la condition de la femme dans le mariage sans *conventio in manum*.

PREMIÈRE PARTIE

CONDITION DE LA FEMME DANS LE MARIAGE AVEC *MANUS*

Et d'abord, disons ce qu'on appelait la *manus*. La *manus* était un pouvoir du mari sur la femme produisant certains effets juridiques sur sa personne et sur ses biens.

Nous allons, pour plus de clarté, en diviser l'étude en 4 chapitres.

Chap. I. Origine de la *manus*.

Chap. II. De quelle manière s'acquiert la *manus?*

Chap. III. Effets de la *manus*.

Chap. IV. Comment s'éteint la *manus?*

Cependant, avant d'entrer dans les détails de notre sujet, nous ferons remarquer qu'il fallait deux conditions pour qu'une femme pût passer sous la *manus* de son mari :

1° Qu'elle fût *civis Romana*.

2° Que son mari fût *civis Romanus*.

De même que la puissance paternelle, le pouvoir marital était un droit compris dans le *jus civitatis*, qu'un pérégrin ne pouvait posséder. Le Latin-Junien même n'avait pas ce droit ; car il n'avait pas le *jus civitatis*, bien qu'il eût le *commercium* et la *testamenti factio* en partie.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE DE LA *manus*.

La *manus* remonte à la plus haute antiquité ; ce n'était, selon Gaius, ni la loi des XII Tables, ni les édits des préteurs qui l'avaient introduite; elle dérivait de l'usage, *eo jure quod consensu receptum est* (Com. III, § 82).

Nous ferions volontiers remonter l'origine de la *manus* jusqu'à l'enlèvement des Sabines par les soldats de Romulus. Ainsi conquises par la violence, les femmes furent au pouvoir de leurs ravisseurs et traitées presque en esclaves ; la *manus* ne fut qu'un souvenir éloigné de la conquête violente qui avait peuplé d'épouses les cabanes désertes des bandits romains.

Festus confirme cette hypothèse. Il raconte qu'aux noces on séparait les cheveux de la jeune épouse avec la pointe d'un javelot. Cette *hasta*, symbole de la propriété quiritaire, n'est-ce pas une trace de l'état de choses qui existait au commencement de Rome ?

Mais, à défaut de ce système, qui est repoussé par beaucoup d'auteurs, ne pourrait-on pas raisonner ainsi ?

Chez une nation de mœurs rudes et guerrières, la force est surtout considérée et devient la source de tous les droits. La force étant le privilége du père, du mari, les femmes, comme les enfants,

tombèrent sous cette domination, qui d'abord fut absolue et arbitraire. Mais peu à peu ces mœurs s'adoucirent ; leur influence se fit sentir sur la législation. Alors apparurent la puissance paternelle sur l'enfant et la *manus* du mari sur la femme. Telle serait encore une hypothèse des plus simples et des plus vraisemblables sur l'origine de ce pouvoir.

CHAPITRE II

DE QUELLE MANIÈRE S'ACQUIERT LA *manus* ?

Le droit romain distingue, nous l'avons vu plus haut, deux sortes de mariages : mariage avec *manus* et mariage sans *manus*.

On aurait tort de croire que cette distinction portait sur le fait même du mariage, et que les *justæ nuptiæ* tantôt produisaient la *manus* et tantôt point. La *manus* n'était pas le résultat du mariage; elle naissait à côté, mais indépendante de lui, et cela au moyen de certains actes indiqués par Gaius : *Olim tribus modis in manum conveniebant; farreo, coemptione, usu* (Com. I, § 110).

1° *Confarreatio.*

Pour bien comprendre ce mode d'acquisition de la *manus*, il est bon de se souvenir du caractère

religieux de la famille à Rome. Elle est dans la cité, comme une personnalité à part, dont le *paterfamilias* est le représentant, réunissant à la fois les fonctions de prêtre, administrateur et juge. La cité a bien ses dieux protecteurs de tous les citoyens; mais chaque famille a conservé ses divinités particulières. Les mânes des ancêtres reçoivent toujours un culte de la part de leurs descendants. Le fils apprend de son père quelles paroles, quelles cérémonies apaisent, réjouissent les âmes des morts de la famille. Sans y changer un mot, une syllabe, ce fils, devenu à son tour chef de famille, répète ce qui lui a été enseigné. Nul autre ne pourrait accomplir les cérémonies traditionnelles. Les dieux mânes repousseraient tout étranger qui oserait participer aux sacrifices.

Dès lors, c'est une grave affaire quand une fille va abandonner la religion de ses ancêtres pour s'attacher à celle de son mari. Cette dernière sera la seule dont les pratiques ne lui seront pas désormais interdites, lui seront commandées au contraire. Un pareil changement, chez un peuple ami des solennités traditionnelles, ne peut s'accomplir sans d'imposantes cérémonies. De là, la *confarreatio*, le mode par excellence d'acquisition de la *manus*, employé presque exclusivement par les familles patriciennes. Nous allons en emprunter la description à M. Fustel de Coulanges, un des hommes qui ont écrit avec le plus de talent sur la famille antique. On y trouvera également indi-

qués les rites du mariage patricien. Confarréation et mariage forment en effet un tout : « *Confarreatæ nuptiæ* ».

« 1° La jeune fille quitte le foyer paternel. Comme elle n'est pas attachée à ce foyer par son propre droit, mais seulement par l'intermédiaire du père de famille, il n'y a que l'autorité du père qui puisse l'en détacher. La tradition est donc une formalité indispensable.

« 2° La jeune fille est conduite à la maison de l'époux. Elle est voilée ; elle porte une couronne, et un flambeau nuptial précède le cortége. On chante autour d'elle un ancien hymne religieux. Les paroles de cet hymne changèrent sans doute avec le temps, s'accommodant aux variations des croyances ou à celles du langage ; mais le refrain sacramentel subsista toujours, sans pouvoir être altéré ; c'était le mot : « *Talassie,* » mot devenu incompréhensible à l'époque où vivaient ceux qui ont écrit sur les antiquités romaines, et dont les renseignements réunis ont pu nous donner une idée de la cérémonie dont il s'agit ici (Gaius, Plutarque, Varron, Festus, Pline, Ovide...). Ce mot : « *Talassie* » était probablement le reste sacré et inviolable d'une antique formule. Le cortége s'arrête devant la maison du mari. Là, on présente à la jeune fille le feu et l'eau. Le feu, c'est l'emblème de la divinité domestique ; l'eau, c'est l'eau lustrale qui sert à la famille pour tous les actes religieux. Pour que la jeune fille entre dans la maison, il

faut simuler l'enlèvement. L'époux doit soulever la fiancée dans ses bras, et la porter par-dessus le seuil, sans que ses pieds le touchent.

« 3° (Et c'est ici que commence la *confarreatio* proprement dite.) L'épouse est conduite alors devant le foyer, là où sont les pénates, où tous les dieux domestiques et les images des ancêtres sont groupés autour du feu sacré. Les deux époux font un sacrifice, versent la libation, prononcent quelques prières, et mangent ensemble un gâteau de fleur de farine « *panis farreus.* »

« Ce gâteau mangé au milieu de la récitation des prières, en présence et sous les yeux des divinités domestiques, consacre l'union sainte de l'époux et de l'épouse. Dès lors, ils sont associés dans le même culte. La femme a les mêmes dieux, les mêmes rites, les mêmes prières, les mêmes fêtes que son mari..... »

Gaius (Com. I, § 112) nous dit encore que la *confarreatio* a lieu en présence de dix témoins.

Ces cérémonies terminées, la femme fait partie de la famille, elle est soumise à la *manus*, elle est placée, corps et biens, sous la puissance de son mari.

Avec la vieille religion, l'usage de la *confarreatio* se perdit. Chacun sait que, sous Tibère, on eut beaucoup de peine à trouver deux flamines de Jupiter, issus « *ex confarreatis nuptiis.* » On peut encore expliquer ce résultat par la répugnance qu'avait, à cette époque, la femme à tomber sous

le pouvoir du mari. Aussi, une loi décida que la femme du grand flamine Dialis ne serait *in manu* que *ad sacra ;* quant au reste, elle conserverait sa liberté, comme les autres femmes (*Ann.*, Liv. IV, tit. 16). Dans la suite, on se conforma à cette loi, jusqu'à la disparition de la *confarreatio ;* elle durait encore du temps de Gaius, qui en parle dans ses Commentaires ; il est probable qu'elle disparut complétement sous l'influence du christianisme.

2° *Coemptio.*

La *coemptio*, dit Gaius, fait tomber la femme *in manu*, au moyen d'une *mancipatio*, espèce de vente (*imaginaria venditio*), qui a lieu avec le concours de cinq témoins, citoyens romains, pubères et d'un porte-balance, non compris, bien entendu, la femme et le mari (Com. I, § 113).

Puis, lorsqu'il dépeint avec plus de détails les formalités de la *mancipatio*, il ajoute : Celui qui reçoit, à titre de *mancipium*, appréhendant la chose, prononce les paroles suivantes : « Je dis que cet homme (ou cette chose) m'appartient, d'après le droit des Quirites, et je l'ai acheté au prix de cette pièce de monnaie. » A ces mots, il frappe la balance avec le métal, qu'il donne en guise de prix à celui de qui il tient la chose (Com. I, § 119).

La femme, objet d'une *coemptio*, était donc mancipée au mari. Mais les formes de cette manci-

pation, qui devait faire tomber la femme *in manum*, ne différaient-elles pas des formes de la mancipation, ayant pour objet les choses inanimées ou l'individu que le *paterfamilias* mettait *in mancipio ?* Rationnellement, une certaine différence devait exister entre ces deux mancipations, dont l'une attribuait un pouvoir de propriétaire sur la chose, de maître sur l'homme libre émancipé, et dont l'autre n'avait nullement pour effet de faire tomber la femme en esclavage. Et, comme les paroles prononcées n'étaient que l'expression de la volonté des parties, il est bien certain que la formule constitutive de la *manus* ne devait pas être la même que la formule constitutive d'un droit de propriété ou de quasi-servitude sur un homme libre.

Et c'est ce que nous dit encore Gaius : « Veut-on savoir quelle différence existe entre la *coemptio* que fait la femme et la mancipation : c'est que la première ne jette pas l'épouse dans une condition servile ; au contraire, les hommes ou les femmes mancipés par leurs ascendants *in loco servorum constituuntur*..... quelle en est la raison ? C'est que le fils et la fille sont mancipés avec les mêmes paroles que les esclaves ; il en est autrement de la femme dans la *coemptio*. » (Com. I, § 123.)

Mais, quelles étaient ces paroles ? Gaius ne les donne pas, et c'est là un détail inconnu. Les paroles de la mancipation ordinaire étaient empreintes d'un caractère absolu : « Je dis que cette

chose ou que cet homme est à moi. » Celles de la *coemptio* étaient sans doute adoucies; car, nous venons de le dire, l'effet de la *coemptio* est moins énergique que l'effet de la *mancipatio*.

Si la femme est soumise à la puissance paternelle, elle fait valablement *coemptio, patre auctore* (*Coll. leg. mosaïc.*, IV, II § 3; IV, VII). La femme en tutelle fait valablement *coemptio, tutoribus auctoribus*. (Cicéron, *Pro Flacco*, 34.)

Dans le principe, la *coemptio* fut probablement une véritable vente; mais, dans un pays où la femme était entourée d'honneur et de respect, la vente réelle de la fiancée comme un vil objet, ne devait pas durer et ne dura pas longtemps. Gaius (Com. I, § 111) nous apprend que déjà à l'époque de la loi des XII Tables l'on connaissait et pratiquait les mariages libres qui laissaient à la femme son indépendance.

Il ne faut pas conclure de ce que la vente cessa que la *manus* ne se maintint pas : elle continua d'exister, et pour la conférer, on se servit toujours de la *coemptio* : seulement, ce ne fut plus qu'une vente fictive, *imaginaria venditio*.

Sous Justinien, elle n'existe plus qu'à l'état de souvenir.

3° *Usus*.

On acquérait par l'usage une chose dont on n'était pas propriétaire, mais que l'on possédait.

« Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii ; rerum mobilium anni, immobilium biennii. » (*Reg. Ulpiani*, XIX, 8.)

La possession devait durer un an pour les choses mobilières, et deux ans pour les immeubles. Justinien exigea pour les meubles trois ans de possession ; pour les immeubles, dix ans *inter præsentes* et vingt ans *inter absentes*.

Ce mode d'acquérir fut appliqué à la femme au profit du mari.

« Usu in manum conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat ; nam, velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiæque locum obtinebat. Itaque lege Duodecim Tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet. Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est (Gaius, *Com.* I, § 111).

Dans les temps les plus reculés de Rome, à l'époque où la *coemptio* était seule en vigueur, on n'avait pas recours à l'*usus*, mais lorsque, sous l'influence des mœurs plus policées, le mariage par vente tomba en désuétude, lorsque la *manus* remplaça dans tous les mariages la propriété absolue sur la femme, alors l'*usus* prit naissance.

Ne pourrait-on pas remonter plus haut et prétendre que l'*usus* existait déjà, même à l'époque

des mariages par *coemptio* ? En effet, l'on sait que, pour les choses *mancipi* qui n'avaient point été vendues avec les formalités de la mancipation, l'*usus* servait à acquérir sur elles le *dominium ex jure Quiritium* : or, la femme étant aussi précieuse qu'une chose *mancipi*, lorsque la mancipation n'avait pas eu lieu, on avait recours à l'*usus*, et plus tard, après que la *coemptio* fut devenue plus rare, l'*usus*, qui avait servi à acquérir le *dominium*, servit désormais à procurer la *manus*.

On s'est demandé si le mari pouvait, au moyen de l'*usus*, soustraire la femme à ses agnats et s'attribuer ainsi la fortune, qui aurait dû régulièrement tomber entre leurs mains.

D'après M. Troplong, le tuteur n'a pas un pouvoir semblable à celui du père de famille, il ne peut d'aucune façon forcer la femme à se retirer pendant trois nuits loin du domicile conjugal et à interrompre ainsi la prescription. La femme tombe donc sous la *manus* de son mari, malgré le tuteur.

Heineccius était d'un autre avis ; il pensait que l'autorisation du tuteur était nécessaire. Autrement, ce droit si important pour les agnats, au moyen duquel ils veillaient à la conservation dans la famille des biens de la femme, eût été véritablement dérisoire ; car rien n'eût été plus facile à la femme que de les frustrer de tous ses biens, en faisant, malgré eux, acquérir la *manus* au mari.

Quant à nous, nous pensons, avec MM. Deman-

geat et Accarias, que, même avec le consentement des agnats, le mari ne pourrait pas, au moyen de l'*usus*, acquérir la *manus* sur sa femme *sui juris*. « En effet, dit M. Accarias en paraphrasant un passage de Cicéron (*pro Flacco*, 34), l'*auctoritas* du tuteur devant être interposée *in ipso actu*, et supposant la prononciation de paroles solennelles, on ne la conçoit qu'appliquée à un acte positif : on ne la conçoit pas validant les résultats d'une simple inaction prolongée » (t. I, p. 247). Nous ne saurions mieux dire.

Le mari pouvait forcer sa femme à quitter le toit conjugal pendant trois nuits, s'il tenait à ce que sa femme fût privée du *jus agnationis* dans sa famille à lui.

Si, pour acquérir la *manus*, l'époux avait usé de violence, en enfermant sa femme, en lui retirant la faculté du *trinoctium*, la possession était vicieuse, et il n'acquérait point la *manus*.

Au temps de Cicéron, si l'on se réfère au passage de son discours *pro Flacco*, cette sorte d'usucapion apparaît encore. Les mœurs et les lois en hâtèrent la désuétude ; au temps de Gaius, elle avait disparu.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA *manus*

La femme, en se mariant avec *conventio in manum*, entre dans la famille de son mari et y prend

le rang de *fille*, si celui-ci est *sui juris*, de *petite fille*, s'il est *filiusfamilias*. Ce dernier cas présentait cette situation curieuse qu'une femme, par son mariage, était soumise à un autre qu'à son mari.

Ce changement ne s'opérait pas sans briser les liens qui l'unissaient à sa famille naturelle ; il produisait donc une sorte de *capitis deminutio*, par suite de laquelle la famille ne conservait plus avec ses agnats qu'un rapport connu sous le nom de *cognatio*.

Nous énumérerons les conséquences de son changement de condition, d'abord quant à sa personne, ensuite quant à ses biens.

SECTION I

EFFETS DE LA MANUS SUR LA PERSONNE DE LA FEMME

Le mari acquiert tous les droits qui dérivent de la puissance paternelle. Ils peuvent se résumer dans ces simples formules : « Le père est quasi-propriétaire de sa fille ; il est quasi-propriétaire de sa femme. »

L'on ne peut dire, en effet, que le père de famille a, sur les personnes libres (*liberæ personæ*) de sa maison, une propriété absolue ; autrement elles seraient esclaves, et elles ne le sont pas. Cependant, si l'on examine l'un après l'autre les droits que la loi lui confère sur la personne de sa femme *in manu*, on n'est pas moins effrayé de leur énergie.

1° Il a sur sa fille (comme sur ses autres enfants) droit de vie et de mort ; il a sur sa femme *in manu* droit de vie et de mort (Loi 10, Code, *de Patria potestate*). Et il en fait quelquefois usage. Les auteurs latins nous citent des exemples de maris, qui, pour des motifs même futiles, firent périr leurs femmes. L'influence de la philosophie stoïcienne et du christianisme, fit disparaître ce droit, dès les premiers siècles de l'empire.

Disons, du reste, que le droit de vie et de mort, conséquence de la magistrature suprême du chef de famille dans sa maison, était plutôt le droit de châtier la femme, en punition de ses fautes, que celui de la tuer sans raison. A côté du pouvoir marital, se rencontrait un autre pouvoir destiné à le pondérer. Nous voulons parler du tribunal domestique.

Sa composition et sa compétence n'ont jamais été réglées d'une manière précise par les lois. Car cette juridiction est fille, non d'une législation, mais des mœurs. Ce sont des parents, soit de la famille civile (agnats), soit de la famille naturelle (cognats), des alliés *(adfines)* ou des amis, qui président à tous les événements importants d'une maison. Spécialement, ce tribunal aide le *paterfamilias* dans la mission si délicate de punir les fautes de la femme et des enfants. Lors donc qu'une femme *in manu* s'est rendue coupable d'une faute grave, son mari convoque au conseil ses parents, qui lui prêtent leur concours, et sta-

tuent sur la peine à infliger (Montesquieu, liv. VII, ch. X). Ce tribunal, ajoute le profond penseur, maintenait les mœurs dans la République. Sans doute, le mari a voix prépondérante; il peut absoudre ou condamner sa femme, au mépris de la sentence du tribunal domestique; mais il encourt alors le blâme du censeur, et même il s'expose à une accusation criminelle devant le peuple qui, à la fois législateur et juge, supplée au silence des lois, pour venger la morale outragée (M. Gide, p. 131). Si c'était un sénateur, le censeur pouvait le déclarer indigne du Sénat. Dans les cas ordinaires, le mari, d'après Denys d'Halicarnasse, jugeait seul devant les parents de la femme; dans les grands crimes, il la jugeait avec cinq d'entre eux. Aussi Ulpien (Reg., t. VI, §§ 9, 12, 13) distingue-t-il, dans les jugements de mœurs, celles qu'il appelle graves, de celles qui le sont moins: *mores graviores*, *mores leviores*.

2° Le mari a droit de propriété sur la femme, et, par suite, droit de vente : cela a été contesté par Puchta (Inst., t. III, p. 160), mais à tort, suivant nous. Ne répète-t-on pas que la femme est *loco filiæ*? et de même que les filles peuvent être vendues au moyen d'une seule mancipation, pourquoi n'en serait-il pas ainsi pour cette personne qui est *loco filiæ*?

Qu'on lise ce texte de Gaius :

« Omnes igitur liberorum personæ, sive masculini sive feminini sexûs, qui in potestate parentis

sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt quo etiam servi mancipari possunt. Idem juris est in earum personis quæ in manu sunt; nam feminæ a coemptionatoribus eodem modo possunt mancipari quo liberi a parente mancipantur. » (Gaius, *Com.* I, §§ 117 et 118.)

Ce texte est formel et ne souffre pas de contradiction. Cependant, il faut dire qu'il n'y a ni chez les auteurs ni chez les jurisconsultes aucune trace de l'exercice de ce droit. Gaius le reconnaît lui-même : « Plerumque solum et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur, cum velint parentes coemptionaresque e suo jure eas personas dimittere (*loc. cit.*).

3° Il peut abandonner noxalement la femme qui a commis un délit. Le *paterfamilias* avait le droit, lorsque son enfant s'était rendu coupable d'un dommage à l'encontre d'un tiers, d'abandonner le délinquant à la victime du délit ; la femme étant *loco filiæ* doit être assimilée aux enfants. Ce droit exorbitant disparut comme les autres à mesure que la civilisation progressa.

4° Dans les premiers temps de Rome, le mari eût le droit de revendication. Alors, le *paterfamilias*avait le *dominium ex jure Quiritium* sur toute sa famille et de là résultait son droit de revendiquer. Ultérieurement, la femme et l'enfant ne furent plus considérés comme susceptibles de ce *dominium*, et le droit de revendication tomba.

Cependant, il pourrait arriver que mon fils,

ma femme *in manu* me fussent enlevés, car il peut y avoir vol d'une personne libre. « Interdum etiam liberorum hominum furtum fit; velut si quis liberorum nostrorum qui in potestate sunt nostra, sive etiam uxor quæ in manu nostra sit..... subreptus fuerit. » (Gaius, *Com.* III, § 199.)

Dans ce cas, deux moyens me sont offerts.

J'obtiendrai du préteur un interdit exhibitoire, par lequel il sera enjoint au ravisseur de représenter la personne qu'il détient injustement, ou bien j'aurai l'action de vol, *actio furti*.

5° Il a l'action d'injures contre celui qui a insulté sa femme. « Pati autem injuriam videmur..... per uxores nostras, quæ in manu nostrâ sint!» (Gaius, Com. III, § 221).

6° Enfin, c'est le mari qui règle pour le moment où il ne sera plus, la tutelle, à laquelle la femme sera soumise ; sa puissance se continue ainsi, pour ainsi dire au delà de son existence. Il peut par testament, ou désigner lui-même le tuteur (*tutor dativus*), ou laisser à sa veuve le choix du tuteur (*tutor optivus*). Cette *optio* est *plena* ou *angusta* ; *plena*, elle aura liberté complète de choisir qui lui plaira ; *angusta*, son choix ne s'exercera que dans un cercle restreint d'individus désignés.

Dans Tite-Live, on lit qu'une certaine Hispala Fecennia, ayant révélé les infâmes débauches, que protégeait la célébration mytérieuse des bacchanales, fut magnifiquement récompensée et

entre autres faveurs : « Tutoris optio ei esset, quasi ei vir testamento dedisset » (Liv. XXXIX).

SECTION II

EFFETS DE LA *manus* SUR LES BIENS DE LA FEMME

Tous les biens de la femme, qui tombe *in manu*, passent en masse dans le patrimoine de son mari ou de celui qui acquiert la *manus*.

C'est ce que nous dit formellement Gaius : « Ecce enim cum paterfamilias se in adoptionem dedit mulierque in manum convenit, omnes eorum res incorporales et corporales, quæque eis debitæ sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur. » (Com. III, § 83.)

C'est la conséquence du principe de l'unité de patrimoine dans chaque famille. La personnalité civile de la femme étant supprimée, les droits qui s'y rattachaient allaient se confondre dans ce patrimoine commun, pourvu, comme nous le verrons bientôt, qu'ils ne fussent pas, par leur nature même, inhérents à cette personne et non susceptibles de lui survivre.

Cette transmission collective ne ressemblait en rien à une translation ordinaire de propriété ; elle n'exigeait ni tradition, ni mancipation, ni *cessio in jure*, et elle avait ceci de particulier qu'elle s'appliquait même aux choses incorporelles ou droits de créance qui, en droit romain, étaient incessibles. Elle ressemblait beaucoup à la

transmission d'un patrimoine par voie de succession ; nous aurons cependant à signaler une différence importante.

Nous avons dit que certains droits inhérents à la personne de la femme s'éteignaient par la *capitis deminutio*, que celle-ci subissait, et ne pouvaient, par conséquent, être transmis au mari. Gaius, à la suite du texte ci-dessus mentionné, cite trois sortes de droits de cette nature. « *Ususfructus, operarum obligatio libertorum quæ per jusjurandum contracta est et quæ continentur legitimo judicio.* »

Cette énumération n'est certainement point limitative : nous pouvons y ajouter les droits d'*usus* et d'*habitatio*.

L'usufruit, l'usage et l'habitation s'éteignaient donc par toute *capitis deminutio*, et spécialement à la suite d'une *conventio in manum*. Mais, comme cette application sévère des principes conduisait à des conséquences trop rigoureuses, les jurisconsultes romains imaginèrent un moyen détourné très-juridique, et qui n'était que l'application non moins stricte de principes différents. On pouvait, en léguant un droit d'usufruit, le constituer *in singulos annos*.

Il y avait ainsi, au lieu d'un seul legs et d'un seul droit, plusieurs legs et plusieurs droits à terme. Le légataire venait-il à subir une *capitis deminutio*, le droit dont il jouissait en ce moment était éteint; mais, au terme fixé par le testament,

c'est-à-dire au commencement de l'année suivante, un nouveau droit d'usufruit s'ouvrait et était acquis à celui qui avait le légataire sous sa puissance.

L'*operarum obligatio libertorum* était un rapport particulier de patron à affranchi. N'étant pas susceptible de subsister entre d'autres personnes, il était définitivement éteint, lorsque le patron avait subi une *capitis deminutio*.

Que faut-il entendre par cette troisième espèce de droits dont nous parle Gaius, *quæ continentur legitimo judicio?* Gaius veut parler ici du droit résultant de la *litis contestatio* dans une instance.

Lorsque, dans un procès, le demandeur avait reçu du préteur la délivrance de la formule et que les formalités de la *litis contestatio* avaient été accomplies, il s'opérait une novation qui éteignait le droit déduit en justice, et créait un droit nouveau ; c'est ce droit qui s'éteignait par la *capitis deminutio*, lorsque l'instance était un *judicium legitimum*.

On entendait par *judicium legitimum* tout procès qui avait lieu à Rome entre citoyens romains et devant un seul juge. Les instances auxquelles manquait une de ces trois conditions étaient dites *judicia imperio continentia* (Gaius, ch. IV, § 104).

La *manus* a donc pour conséquence de réunir dans les mains du chef de famille le patrimoine de la femme et celui du mari. Se plaçant à ce point

de vue, notre savant maître, M. Gide, a dit très-exactement, à notre avis, que ce régime ressemblait à ce que nous appelons aujourd'hui une communauté universelle. (*Condition privée de la femme*, p. 135.)

Mais, tout en constatant ce qu'il y a d'exact et de très-ingénieux dans ce rapprochement, nous ne pouvons nous empêcher de remarquer combien ces deux institutions diffèrent quand, au lieu de s'en tenir aux apparences, on en recherche le caractère, la nature et le point de départ.

Notre régime de communauté, tel qu'il a existé dans le droit coutumier et tel qu'il existe aujourd'hui, est fondé sur l'égalité des deux époux; un tel régime n'aurait jamais pris naissance sous une législation faisant de la puissance maritale une tyrannie et du mari un maître ayant droit de vie et de mort sur sa femme. Il devait, au contraire, se développer naturellement dès que le christianisme eut donné à la puissance maritale son vrai caractère en faisant du mari non plus un maître, mais un protecteur.

Tout autre était le régime de la *manus;* régime païen par excellence, il faisait de la femme une esclave; et, si les mœurs plus puissantes que les lois, n'avaient pas relevé la condition de la mère de famille, nous aurions pu voir au milieu de la civilisation romaine des maris tuant ou vendant leurs femmes.

Non-seulement le régime de la *manus* avilit la

condition de la femme au profit de l'omnipotence du mari, mais il la supprime comme personne civile ; elle devient *alieni juris*, c'est-à-dire incapable d'avoir des droits ; ceux qui lui appartenaient et ceux qu'elle pourra acquérir par la suite appartiendront désormais à son mari.

Au contraire, notre régime de la communauté sait distinguer dans l'unité matrimoniale les droits de la femme et ceux du mari ; il veut que les uns et les autres soient respectés ; et nous savons avec quel soin notre Code civil a défendu les droits de la femme contre les abus d'influence ou les empiétements illégitimes du mari.

Il nous reste après avoir parlé des biens de la femme, tombant *in manu*, à parler de ses dettes. La personne juridique de la femme, disparaissant par l'effet de la *capitis deminutio*, ses dettes s'éteignaient avec elle et ne passaient pas sur la tête du mari : elle en était, d'après le droit civil, complétement libérée.

Il faut cependant excepter de cette règle les dettes nées de délits. Ces dettes en droit romain, étaient régies par des règles spéciales, différant des règles du droit civil pur, et empruntées au droit naturel. Elles ne s'éteignaient pas par la *capitis deminutio* : « *Nemo delictis exuitur quamvis capite deminutus sit.* » (L. 2, § 2, D., IV, 5.)

Quant aux autres dettes, éteintes d'après le droit civil, le préteur, afin de remédier aux effets d'une libération si commode pour les débiteurs et

si préjudiciable aux créanciers, accorda à ces derniers leur ancienne action et leur permit de l'exercer, à titre d'*action utile*. Cette action était exercée contre la femme, bien qu'elle fût dépouillée de tous ses biens ; il devait arriver le plus souvent que le mari désintéressait le créancier poursuivant ; mais celui-ci pouvait, à défaut de paiement, faire vendre les biens, ayant, avant la *conventio in manum*, appartenu à sa débitrice, ou acquis depuis par elle à son mari.

De ce que la personne civile et le patrimoine de la femme disparaissaient absorbés par le patrimoine et la personne du mari, il suivait encore qu'aucun acte juridique, ni aucun lien de droit ne pouvait être formé entre les époux pendant la *manus;* ils ne pouvaient, ni se transmettre des droits de propriété ou de servitude, ni s'obliger l'un à l'égard de l'autre. Cependant, un contrat formé entre eux n'eût pas été complétement sans effet : il eût donné naissance à une obligation naturelle, pouvant servir de base à une fidéjussion ou à un pacte de constitut. Non-seulement, aucun contrat ne pouvait être valablement formé entre les époux, mais tout ce qui pouvait donner naissance à une obligation entre eux, devait être considéré comme nul, d'après le droit civil : ainsi, un testateur, après avoir institué le mari héritier, faisait un legs à la femme ; ce legs était nul, parce que le mari ayant sa femme *in manu*, ne pouvait pas être son débiteur ; et la nullité aurait persisté,

alors même que la *manus* aurait cessé d'exister avant la mort du testateur, par l'effet de la règle catonienne, d'après laquelle les dispositions testamentaires qui n'auraient pas pu produire d'effet, au moment même où elles ont été faites, à supposer que le testateur fût mort à cet instant, ne pouvaient jamais, dans la suite, produire aucun effet.

La femme, entrée par la *manus* dans la famille de son mari, y acquérait des droits de succession ; c'est là une des suites les plus importantes de la *manus* ; nous ne pouvons la passer sous silence.

Tous les droits attribués à la femme, soit dans la succession *ab intestat*, soit dans la succession testamentaire, nous seront connus, si nous nous souvenons qu'elle est dans la famille de son mari *loco filiæ*. Elle succédait donc *ab intestat* à son mari, au père ou à l'aïeul de celui-ci, à titre d'*hœres sua ac necessaria*. Elle succédait à ses enfants à titre de sœur ; elle venait donc dans la classe des agnats et n'était exclue que par les héritiers siens.

Dans la succession testamentaire, elle devait être instituée ou exhérédée par le testateur ; mais l'exhérédation *inter cæteras* était, comme pour une fille, réputée suffisante. Le défaut d'exhérédation n'annulait pas le testament : il donnait seulement à la femme omise le droit de prendre une part virile, si elle concourait avec des héritiers

siens, et la moitié de la succession, si elle concourait avec d'autres (Gaius, C. II, § 124).

La femme *in manu*, qui avait été exhérédée, avait le droit d'intenter la *querela inofficiosi testamenti*.

Quant à sa propre succession, nous n'avons rien à en dire, car, si elle mourait pendant la *manus*, elle n'avait pas de patrimoine et par suite pas de succession ; si elle mourait après la dissolution de la *manus*, les règles de sa succession sont en dehors de notre sujet.

Les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien vinrent dans la suite modifier les droits de succession des femmes mariées et accorder à ce seul titre, et indépendamment de la *manus* à elles et à leurs enfants, un droit de succession réciproque. Cette innovation considérable ne contribua pas peu à la disparition complète de la *manus* déjà très-rare à cette époque.

SECTION III

EXPOSITION ET CRITIQUE D'UN SYSTÈME PROPOSÉ PAR M. GIDE

Dans son bel ouvrage intitulé : *Etude sur la condition privée de la femme*, notre savant maître, M. Gide, émet une opinion nouvelle sur les effets de la *manus*.

« J'oserai m'écarter ici de l'opinion commune, dit-il, et j'essayerai d'établir que la *manus*, du moins dans la dernière forme qu'elle a revêtue,

est un droit à part, différent de la puissance domestique, de la *potestas*, non pas dans ses détails, mais dans son essence même. Cette différence consiste, si je ne m'abuse, en ce que la *potestas* a pour objet la personne même de l'enfant ou de l'esclave, au lieu que la *manus*, tout comme la tutelle, ne confère par elle-même aucun droit sur la personne de la femme et ne s'exerce que sur ses biens. » (Page 132.)

Ainsi, d'après M. Gide, les droits que le mari a sur la personne de sa femme, il les tient du mariage; la *manus* n'ajoute rien à sa puissance maritale, elle n'a d'effet que quant aux intérêts pécuniaires; c'est une sorte de régime nuptial.

1° M. Gide, pour sa démonstration, s'appuie d'abord sur un texte de Gaius, dont voici la traduction : « Par les personnes qui sont *in potestate*, nous acquérons non-seulement la propriété, mais aussi la possession; par celles qui sont *in manu* ou *in mancipio*, nous acquérons bien la propriété; quant à la possession, c'est controversé (*quæri solet*), et la raison de douter, c'est que nous ne les possédons pas. » (Com. II, § 90.)

N'est-ce pas dire que la *potestas*, atteignant la personne du fils et de l'esclave, tout ce qu'ils possèdent *corpore* tombe entre les mains du *paterfamilias ;* au contraire, la *manus* ne portant que sur les biens de la femme, procurera au mari les biens qu'elle a en propriété, mais non pas ce qu'elle possède.

2° Le père peut vendre son esclave, son fils, ou les abandonner noxalement. La femme (on ne parle pas des commencements de Rome) ne peut être vendue ni cédée en réparation du dommage causé (Gaius, Com. IV, § 80). Le mari peut seulement lui désigner un tuteur; car la tutelle, comme la *manus*, n'a que les biens de la femme pour objet.

Essayons de réfuter ce système.

Et, d'abord, remarquons qu'on ne peut guère tirer de la lecture de Gaius la conviction que nous n'acquérons pas la possession par les femmes *in manu ;* la raison qu'il donnerait, c'est *quia ipsas non possidemus*. Mais ce motif n'est nullement concluant. Il n'est pas besoin de posséder un individu pour acquérir par lui la possession. Justinien décide (*Inst.*, liv. II, tit. 9) que la possession peut vous être transmise par le moyen d'une personne libre, *per liberam personam*, même à votre insu, si cette personne a reçu la chose en votre nom. La femme *in manu*, n'acquérant la propriété que pour son époux, ne peut pas, il nous semble, acquérir la possession pour un autre. Gaius se montre ensuite hésitant, et il fait observer qu'il y a désaccord entre les prudents, *quæri solet*. L'argument de M. Gide, reposant ainsi sur un point douteux, ne nous paraît pas bien décisif.

Mais, si l'opinion de M. Gide est fondée, le *mancipium* comme la *manus* n'atteindra pas la personne de l'homme libre; car, dans le texte précité, Gaius range dans la même condition l'individu *in*

mancipio, et la femme *in manu*. Notre savant maître ira-t-il jusque-là? Non, certes, il sait mieux que nous que l'individu *in mancipio est in imaginariam servilem causam deductus* (Paul, L. 3, D. *de capitis deminutione*), et non point soumis à un pouvoir de protection qui ne s'exercerait que sur ses biens.

Au second argument nous répondrons que ces droits de vente, d'abandon noxal... etc... existaient très bien dans les premiers temps de Rome, et que ce n'est que plus tard qu'ils disparurent sous l'influence de mœurs moins sauvages. Alors, la femme se trouva dans une situation, présentant de l'analogie avec une *filiafamilias*, mais elle ne lui fut point assimilée identiquement. Nous savons par l'histoire de quelle vénération la femme romaine était entourée ; nous savons que sa condition si dure en droit, était en fait des plus favorables. On comprend donc que le mari pût avoir sur sa compagne certains droits, sans avoir le pouvoir inouï de vente et d'abandon noxal.

Nous ne pouvons nous rallier au système de M. Gide, et voici pourquoi : La *manus* opère une *capitis deminutio*, un changement de famille. Comment concevoir que cette *capitis deminitio* n'ait d'effet que sur les biens, lorsque l'adoption et l'odrogation produisent des effets et sur les biens et sur les personnes ? Gaius, Ulpien, tous les jurisconsultes qui se sont occupés de la femme *in manu* répètent à l'envi qu'elle est *loco filiæ* ; nous ne

saurions admettre que, s'il en était autrement, ces jurisconsultes éminents aient commis une aussi grave inexactitude.

Enfin, si le but de la *manus* est de mettre en commun les biens des deux conjoints, pourquoi recourir à ces trois modes *coemptio, usucapio, confarreatio ?* Nous ne voyons plus leur utilité, la femme est-elle *sui juris*, elle mancipera ses biens à son époux ; est-elle sous la puissance de son père, celui-ci fera mancipation de la dot. Il n'y aura pas besoin de recourir à toutes ces formalités que nous avons décrites ; mais, du moment qu'elles existent, il faut bien reconnaître qu'elles servent à quelque chose, qu'elles ont leur utilité, et cette utilité c'est précisément de procurer au mari des droits sur la personne aussi bien que sur les biens de la femme.

CHAPITRE IV

COMMENT S'ÉTEINT LA *manus* ?

1° En cas de dissolution du mariage par la mort de l'un des époux, la *manus* s'éteint évidemment ; mais, en cas de prédécès du mari, la tutelle des agnats s'ouvre. Ces agnats sont les fils eux-mêmes de la femme *in manu*. Celle-ci, en effet, est entrée dans la famille du mari *loco filiæ*. C'est à titre de frères que ses fils sont maintenant ses tuteurs.

2° En cas de dissolution du mariage par le divorce, une distinction doit être faite; si la *manus* a été acquise par la cérémonie religieuse de la *confarreatio*, une cérémonie analogue, mais en sens inverse, la *diffarreatio* est nécessaire pour détruire le droit du mari. La femme ne peut abandonner aisément les dieux au culte desquels elle a participé. Plutarque nous apprend que les cérémonies de la *diffarreatio* sont lugubres et effrayantes; car elles ont toutes pour objet d'exprimer l'indignation céleste et d'en conjurer les effets.

Dans les cas où la *manus* a été acquise par *coemptio* ou par *usus*, un mode civil analogue peut délier l'épouse. Celle-ci aura même le droit de forcer son époux à la manciper à un tiers, afin d'être affranchie par ce dernier. Un texte mutilé de Gaius paraît confirmer cette opinion : « Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit; hæc autem repudio missio (*virum*) proinde compellere potest, atque si ei nunquàm nupta fuisset » (*Com.* I, § 137).

3° La *manus* prenait fin aussi par la *capitis deminutio* de l'un des époux.

En effet, la *manus* étant une institution de droit civil, il en résultait que, lorsque l'un des époux perdait sa personnalité civile, la *manus* cessait.

Le mari, tombé en servitude, était privé du droit de cité : alors la *manus* tombait en même temps que le mariage lui-même. et la femme de-

venait *sui juris;* toutefois, le lien d'agnation avec les enfants n'était pas rompu.

Dans les premiers temps de Rome, les mêmes effets se produisaient pour la *manus* lorsqu'il y avait *minima capitis deminutio :* le père, par une mancipation, pouvait briser l'agnation entre son fils et sa bru. Mais Plutarque (*Numa*, c. 17) nous apprend que le second roi de Rome, Numa Pompilius abolit cette faculté tyrannique.

Nous avons passé en revue les pouvoirs si étendus du mari sur la personne et sur les biens de la femme *in manu*. Cette institution put durer tant que se conservèrent la pureté des mœurs, le respect de l'épouse et les vertus domestiques.

En effet, si l'on considère le droit strict, on est effrayé de la dureté de la condition imposée à la femme; on s'étonne de la voir à ce point opprimée et humiliée, et cela au premier abord confond toutes les idées que l'histoire nous avait inculquées. Mais, si de la théorie, nous passons dans le domaine des faits, nous nous apercevrons qu'au fond, ces prescriptions si rigoureuses du droit n'étaient qu'une sorte de luxe dans le système législatif; en fait elles n'étaient jamais appliquées, du moins à la lettre. Au contraire, dans la vie sociale, la femme, la *materfamilias* est l'objet d'une sorte de culte de la part de la famille (et l'on sait que la famille à Rome embrasse enfants, esclaves, clients) en même temps qu'elle est tendrement aimée de son époux. Dans toutes les cérémonies,

un siége d'honneur est réservé aux dames romaines; le consul lui-même les rencontrant sur la voie publique leur cède le pas respectueusement.

Caton, dans une de ces boutades qui lui étaient familières appréciait exactement la grande place que la femme tenait dans la société romaine, lorsqu'il s'écriait : « Partout les hommes gouvernent les femmes, et nous qui gouvernons tous les hommes, ce sont nos femmes qui nous gouvernent. »

« Cette influence de la femme ne s'exerçait pas seulement dans l'ombre du foyer et dans le cercle étroit des intérêts domestiques. A chaque page de l'histoire Romaine, on voit la femme apparaître. En vain, les lois l'ont-elles exclue de toute participation aux affaires publiques ; sans cesse son intervention apparente ou cachée décide des destinées de l'Etat. Il semble même que les Romains se soient complu dans leurs annales ou leurs légendes à attacher le nom d'une héroïne à chacun de leurs plus doux souvenirs ; et, si l'on en croyait l'histoire traditionnelle, Rome ne serait pas moins redevable à la vertu de ses matrones, qu'à la sagesse de ses législateurs ou au courage de ses guerriers. C'est le dévouement conjugal, la piété filiale des Sabines qui, unissant le Sabin au Latin, a formé la nation romaine ; c'est à la chasteté de Lucrèce, c'est à l'innocence de Virginie que Rome, deux fois asservie par les Tarquins et les décemvirs, dut deux fois l'occasion de sa délivrance ;

les prières d'une épouse et d'une mère purent seules fléchir Coriolan et sauver la République ; les adroites suggestions d'une épouse ambitieuse surent inspirer à Licinius la loi célèbre qui consacra le triomphe de la démocratie romaine, et les derniers héros de cette démocratie, les deux Gracques, furent formés par l'éducation, guidés par les conseils d'une mère.................................

....

Que tous ces récits soient à demi légendaires, il n'importe ; dans ces légendes mêmes, je vois l'expression naïve d'un sentiment populaire, j'y trouve un témoignage irrécusable du respect et des honneurs dont les Romains des premiers siècles entouraient leurs épouses et leurs mères. Ils avaient compris que les vertus du foyer sont aussi essentielles à la conservation d'un empire que les vertus civiques et guerrières, et toute l'histoire confirme le beau témoignage que Sénèque leur rendait plus tard et dans des temps moins heureux ; c'est que, pour eux, la débauche était non pas un vice, mais une monstruosité. » (M. Gide, *loc. cit.*, p. 111.)

Mais, lorsque peu à peu, les mœurs se furent corrompues, les divorces se multiplièrent, et les maris trouvant dans la loi elle-même des facilités pour opprimer leurs compagnes, la *manus* devint un cruel despotisme : ce fut sa fin.

La femme ne consentit point à cet asservissement et s'y déroba en adoptant la forme du ma-

riage libre. Elle ne voulut plus être l'esclave du mari, lui apporter tout son patrimoine pour courir le risque d'être bientôt répudiée et de laisser ainsi sa fortune entre des mains étrangères. Elle réserva ses droits, elle promit une dot, mais eut le soin d'en stipuler le retour.

D'après M. de Fresquet, ce n'est pas la corruption des mœurs, qui a tué la *manus*, c'est l'intelligence et l'application du principe d'égalité morale qui doit exister entre époux, c'est la loi du progrès, et non pas seulement les exigences du vice, qui ont amené le mariage libre.

Il y a aussi du vrai dans ce système de M. de Fresquet, mais il n'exclut pas le nôtre ; n'est-il pas vraisemblable que chacun des deux aura contribué pour une certaine part à la disparition de la *manus* ?

DEUXIÈME PARTIE

CONDITION DE LA FEMME MARIÉE SANS CONVENTION *IN MANUM*

Sous ce titre, nous avons à parcourir le mariage libre proprement dit, et le régime dotal.

CHAPITRE I

MARIAGE LIBRE PROPREMENT DIT

Nous avons montré dans le chapitre précédent, comment le mariage avec *conventio in manum* finit par cesser pour céder la place au mariage libre.

Vers quelle époque s'opéra cette transformation? Gaius (Com. 1, § 111) nous enseigne que la loi des Douze Tables avait spécifié les conditions que devait remplir la femme pour éviter la *manus*, résultant de l'usucapion ; on peut donc prendre cette époque comme point de départ certain.

Quant à l'époque antérieure, les auteurs sont en complet désaccord.

Beaucoup admettent qu'avant la promulgation de cette célèbre loi, le mariage libre existait déjà, et, pour le prouver, ils rappellent la manière dont les décemvirs remplirent leur mission; ils inventèrent fort peu et ils rédigèrent, seulement en

forme positive, les usages acceptés depuis longtemps.

Qu'on nous permette de signaler, en passant, le grave problème soulevé à ce sujet :

Des auteurs les plus considérables ont soutenu que la législation romaine avait été entièrement copiée sur la législation grecque. Nous ne nous sentons pas la force de chercher une solution à propos de laquelle des trésors d'érudition ont été dépensés sans amener un accord définitif. Nous nous contentons de suivre l'avis de M. Charles Giraud. « Quant à la source des lois des Douze Tables, nous dit-il, nous la croyons romaine et non grecque, et nous pensons que les patriciens avaient eux-mêmes préparé et rédigé ces lois, et qu'ils usèrent d'un artifice bien probable pour les présenter sous le nom d'un peuple estimé à Rome. (*Histoire du droit romain*, p. 68.)

M. Ginouillac (*de la Dot*, p. 86) a pensé que les décemvirs avaient emprunté cette institution aux lois athéniennes de Solon, qui furent soigneusement consultées lors de la rédaction des Douze Tables.

Nous croirions plutôt que les mariages libres sont antérieurs à cette loi ; nous placerions leur origine dans la volonté, chez les *patresfamilias*, de ne point abandonner leur puissance, et aussi dans le désir de conserver les biens dans les familles. Par la *manus*, les biens, la puissance passaient définitivement au mari, et, on com-

prend qu'il a dù arriver que les pères de famille ou les tuteurs se préoccupassent d'empêcher cette lésion. Il y eut consentement au mariage, mais avec cette condition si la fille était *alieni juris*, que la puissance ne serait pas retirée au père, ou si elle était *sui juris*, que les droits des tuteurs seraient maintenus dans leur intégrité. Telle est, d'après nous, l'origine du mariage libre.

SECTION I

EFFETS DU MARIAGE LIBRE SUR LA PERSONNE DE LA FEMME

La femme pouvait être, avant son mariage, *alieni juris* ou *sui juris*.

Supposons-la *alieni juris*; elle reste sous la puissance de son père; celui-ci a sur elle droit de vie et de mort; il peut même, à l'origine, rompre le mariage et reprendre sa fille, qui se trouvait ainsi plutôt prêtée que mariée véritablement. La puissance paternelle prévaut sur la puissance maritale.

La scène dramatique retentit des plaintes touchantes des jeunes femmes contre l'égoïsme d'un père qui les arrache à un époux chéri.

Neque est cur nunc studeam has nuptias mutarier,
Verum postremum in patris potestate est situm :
Faciendum id nobis quod parenteis imperant
Scio, atque in cogitando mœrore angeor ;
Nam prope modum jam ostendit suam sententiam.

Plaute (*Stichus*, V, 51.)

Et, dans Ennius, écoutez cette fille, s'adressant à son père :

Injurià abs te afficior indigna, pater.
Nam si improbum esse Cresphontem existimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis ? Sin et probus
Cur talem invitum invitam cogis linquere ?

Mais sous l'Empire, la faveur du mariage et aussi une réaction contre l'ancienne puissance paternelle, firent préférer le mari au père de famille. Une constitution d'Antonin le Pieux défendit au père de briser l'union bien assortie de son enfant, si ce n'est pour de justes raisons (Sentences de Paul, l. V, t. VI, § 15). On trouve des textes où les empereurs protégent un fils ou une fille qu'un père veut contraindre à divorcer par la crainte de l'exhérédation (C., L. 18, *De inof. test.*, et loi 5, *De inst. et subst.*).

La femme était *sui juris* ; alors elle se trouvait en tutelle et restait sous l'autorité de ses tuteurs.

Qu'elle fût *sui juris* ou *alieni juris*, doit-on aller jusqu'à conclure qu'elle n'était qu'une étrangère pour son mari ?

Nous ne le croyons en aucune façon, les textes nous en fournissent la preuve. Il est évident que la femme doit respect, obéissance à son mari ; elle le suivra partout où il trouvera bon de fixer sa demeure, excepté dans les lieux où il serait envoyé en punition de ses crimes.

Elle lui doit certains services domestiques :

« Le patron, dit Hermogenianus (L. 48, D., liv. XXXVIII, t. 1), qui a consenti au mariage de son affranchie, perd tout droit à ses services, car elle les doit désormais à son mari. »

Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement ; c'est une conséquence qui découle naturellement du mariage.

SECTION II

Quid QUANT AUX BIENS DE LA FEMME ?

Le patrimoine de la femme ne subissait aucun changement par l'accomplissement de son mariage. Si elle était *alieni juris*, ses biens continuaient d'appartenir au père de famille ; si elle était *sui juris*, ce n'est pas son mari qui gérera sa fortune, mais elle-même avec l'*auctoritas* de ses tuteurs dans les cas exigés par la loi. Elle n'a pas voulu que ses biens devinssent l'héritage d'une autre famille ; elle a préféré ses frères, ses autres parents à son mari. Elle pourra toutefois revenir sur ce dessein ; si elle a des enfants, il lui est facile de leur laisser son héritage, en n'abandonnant pas le domicile conjugal pendant trois nuits : l'*usus* s'accomplit. Du reste, même à défaut de toute *manus*, nous savons que, grâce au sénatus-consulte Orphitien, rendu sous Marc-Aurèle et Commode, les enfants purent aussi arriver à la succession de la mère.

Rien n'est changé dans les rapports des deux

époux ; chacun conserve son individualité et son patrimoine ; ils ont action l'un contre l'autre pour les dommages qui se produiraient. (Dig., *de donat. inter vir. et uxor.*, L. 5, § 5, L. 31, § 4, L. 52.)

CHAPITRE II

RÉGIME DOTAL

Nous devons remarquer que, dans le mariage libre, la femme ne contribuait en aucune façon aux charges du ménage. Aussi parut-il équitable qu'elle réalisât un apport ; de là la dot. D'abord le mari put en disposer à son gré ; mais bientôt des règles spéciales et restrictives du droit marital, ainsi que nous le verrons, vinrent la régir.

Pour obtenir cette dot considérable, les maris renoncèrent volontiers à l'*imperium* conféré par la *manus*. Les femmes, de leur côté, étaient heureuses de se soustraire, moyennant un sacrifice pécuniaire, à la toute-puissance de leur mari. Bientôt, sous Auguste, afin de multiplier les mariages, la loi exigea du père une dot : le régime dotal allait être définitivement établi.

La condition personnelle de la femme sous ce régime est absolument la même que dans le mariage libre.

Sous le régime dotal, les biens de la femme se classent en deux catégories : ce sont d'abord les

biens extra-dotaux ou paraphernaux, auxquels nous appliquerons tout ce que nous avons dit pour les biens de la femme dans le mariage libre, ainsi que les dispositions complémentaires, qui seront ultérieurement indiquées dans une section spéciale. Nous trouvons ensuite les biens dotaux.

SECTION I

BIENS DOTAUX

C'est la condition de la femme mariée, quant aux biens dotaux, que nous allons, en premier lieu, tâcher d'esquisser seulement et même à grands traits. Vouloir l'approfondir pourrait bien nous tenter ; mais la matière est difficile et notre inexpérience nous avertit que l'accomplissement de ce désir serait probablement au-dessus de nos forces ; nous serons donc bref, et même souvent incomplet.

Constatons d'abord le droit de propriété du mari sur la dot. Nous nous demanderons ensuite si ce droit est bien entier, s'il donne à l'époux dans toute leur étendue les *jura utendi, fruendi, abutendi,* qui constituent la propriété même. La réponse sera évidemment négative sur bien des points. La femme ne conserve-t-elle pas sur la dot une sorte de droit de créance, variable dans ses limites, suivant la nature des biens, et en raison de cette circonstance que les biens faisant partie de la dot ont été ou n'ont pas été estimés?

Bien plus, ne voyons-nous pas ce droit de créance grandir peu à peu au point d'être nommé par Justinien droit de propriété, tandis qu'à côté subsiste ce qu'on appelle bien à tort le droit de propriété du mari, à peine différent d'un pur droit de jouissance? L'époux n'est-il pas tenu de restituer la dot entière à son épouse ou aux héritiers de celle-ci? (Il faut excepter toutefois, dans ce dernier état du droit, le cas de divorce imputable à la femme; la restitution alors n'a pas lieu.)

Et, d'abord, dès l'origine, la dot fut la propriété du mari. Comment eût-il pu en être autrement? Si la femme restait avec ses biens sous la puissance paternelle, dans le mariage sans *manus*, nous avons vu qu'elle ne pouvait être propriétaire, et, dès lors, le mari n'eût rien reçu. Si la femme était *sui juris*, nous avons vu encore que tout ce qu'elle possédait se trouvait entre les mains de ses tuteurs agnats; le mari n'en pouvait jouir. Le principe se maintint, quand la dot devint plus fréquente, et de même quand elle fut imposée en vertu de la loi Papia Poppea. Dans tous les textes, le mari est d'ailleurs nommé *dominus dotis*.

Nous ne nous occuperons pas des modes par lesquels la propriété de la dot parvient à l'époux : *datio, dictio dotis, promissio dotis* ; ni, en ce moment du moins, de la personne qui constitue la dot, la femme elle-même, son père ou un tiers. La dot est toujours un ensemble de biens arrivant au mari, fournis par l'épouse elle-même ou par d'au-

tres, en considération du mariage, biens destinés à subvenir aux charges du ménage. Peu importe la qualité du constituant ; les rapports des conjoints, seule question qui nous intéresse, restent pendant le mariage absolument les mêmes.

Voyons si le mari possède dans toute leur étendue les droits dont l'ensemble forme le droit de propriété : le *jus utendi*, le *jus fruendi*, le *jus abutendi*.

Quant aux deux premiers, le mari les possède en entier. Une maison est-elle comprise dans la dot, il peut l'habiter. S'agit-il d'un champ, il peut en recueillir les récoltes, du moins pendant un espace de temps égal à la durée du mariage. Les fruits lui sont acquis par la seule séparation du sol. Au cas cependant où il s'agit des fruits de fonds non estimés, ou estimés avec cette clause que l'estimation n'en vaut pas vente, le mari sera redevable à l'égard de celui entre les mains duquel s'opère la restitution des impenses faites pour obtenir la récolte, c'est-à-dire des frais de culture. Réciproquement, il sera tenu compte à l'époux, au moment de la restitution, des sommes avancées par lui pour préparer une récolte qu'il n'est pas appelé à recueillir.

Mais il faut avoir soin de ne pas comprendre dans le *jus fruendi* la disposition de l'île qui a surgi près d'un fonds dotal, de manière à s'adjoindre à lui par accession ; de même, l'hérédité acquise à un esclave dotal ou le part de la femme es-

clave et, en général, toutes les choses qui ne sont pas fruits proprement dits. Celui qui en dispose exerce non le *jus fruendi*, mais le *jus abutendi*, dont nous allons parler.

Ce dernier droit souffre plusieurs restrictions, c'est que si le mari est propriétaire de la dot, la femme a sur elle un droit de créance particulier. Au moment de la dissolution, elle pourra en exiger la restitution, sauf, ainsi que nous l'avons dit plus haut, dans le dernier état du droit, le cas où le mariage cesserait par un divorce, imputable à l'épouse. De plus, sous Justinien, les héritiers de la femme ont obtenu le même droit qu'elle à la restitution. Nous ajouterons que, même pendant le mariage, si le mari est insolvable, la femme pourra reprendre sa dot, sans préjudice de l'inaliénabilité du fonds dotal, dont nous parlerons plus loin ; enfin, même avant Justinien, si l'épouse meurt *in matrimonio*, son ascendant paternel, ou les tiers constituants, qui auraient stipulé la restitution, jouiront du même avantage; et, si en l'absence de toute stipulation, la femme reprend sa dot, c'est qu'après la dissolution de l'union conjugale, elle ne doit pas se trouver dénuée d'une fortune, d'où dépend son second mariage, considéré à cette époque comme d'intérêt public. Tout constituant, autre que l'ascendant paternel, a sans doute entendu, au contraire, abandonner les biens donnés en dot; mais cette présomption tombe en présence d'une stipulation expresse.

Quant au père, elle ne peut être invoquée ; car celui-ci en dotant sa fille, a seulement obéi à la loi.

Toutefois l'obligation de restituer et par suite les droits de disposition du mari seront différents suivant qu'il s'agira, d'un côté, de choses se consommant par le premier usage ou estimées, si, du moins l'estimation n'est pas accompagnée de la clause qu'elle ne vaut pas vente ; de l'autre côté, de choses ne se consommant pas par le premier usage, ou non estimées, ou estimées avec la stipulation précédente. Au premier cas le mari est bien réellement et absolument propriétaire. Il sera tenu, il est vrai, ou ses héritiers en son nom, de rendre à la dissolution du mariage à la femme survivante, ou au père, ou au tiers constituant, qui a stipulé la restitution, des quantités égales ou la valeur des choses estimées ; mais, dans l'intervalle, son droit de disposition est absolu. Il profite de toutes les plus-values fortuites. Comme aussi il supporte tous les risques ; il peut, en cas d'éviction, demander garantie par l'action *ex empto*. En outre, les fruits et les produits non fruits, signalés plus haut, lui appartiennent sans restriction.

Au contraire, s'il s'agit de choses ne se consommant pas par le premier usage ou non estimées, ou estimées avec cette stipulation que l'estimation ne vaut pas vente, le mari est bien propriétaire, mais il est en même temps débiteur d'un corps certain, de telle sorte que les choses dotales

s'améliorent pour la femme et sont à ses risques; si la dot a été constituée par *datio*, l'action *ex empto* n'est plus ouverte au mari, mais l'action *de dolo* seulement, pour obtenir cette dot. L'éviction prouve simplement que rien, en réalité, n'a été donné. Les produits, qui n'ont pas le caractère de fruits, n'appartiennent pas au mari.

Les aliénations, consenties par celui-ci, pourront être critiquées par la femme, et, de plus, en l'absence du consentement de cette dernière, s'il s'agit d'immeubles, la loi *Julia de adulteriis*, rendue sous Auguste, détruit pour ainsi dire le droit de disposition du mari, le *jus abutendi*. Nous savons quel motif inspira cette législation : désir d'assurer l'existence et le second mariage de la femme, après la dissolution du premier. Aussi, le fonds dotal n'est pas déclaré, comme on pourrait le croire au premier abord, absolument inaliénable. Il faut arriver à Justinien pour trouver ce système reproduit dans notre Code. Le mari, à l'origine, peut disposer du fonds dotal, mais avec le consentement de son épouse. La loi n'a pas été édictée en vue de la *fragilitas sexûs*, invoquée plus tard en particulier, à l'époque du sénatus-consulte Velléien. Elle ne s'inspire pas non plus de l'intérêt des enfants. Les droits de succession, attribués plus tard aux fils sur les biens de leur mère, ne sont pas encore réglés. La législation se préoccupe de la femme seule, dont les biens dotaux se trouvent aux mains du mari propriétaire;

celui-ci va certainement conserver un droit sur la dot; lui seul pourra consentir une aliénation, mais une créance de corps certain limitera son droit de propriété. Cette créance sera accompagnée, entre les mains de l'épouse, d'une sorte de privilége très-énergique, qui détruit, pour ainsi dire, le *jus abutendi* du mari; celui-ci, nous l'avons déjà dit, ne pourra aliéner qu'avec le consentement de la femme. S'il a violé cette prohibition, l'épouse, dès que son droit sera né, pourra attaquer l'aliénation. Dans ce cas, pour être admise à revendiquer contre les tiers acquéreurs, elle devra néanmoins user de son droit d'exiger ou même de considérer comme accomplie la cession de l'action en revendication, qui appartient directement au mari ou à ses héritiers ; du reste, pendant le mariage, le mari ne nous semble pas devoir être admis à invoquer la nullité. Nul texte, en effet, ne lui donne nettement cette faculté.

Si l'immeuble dotal avait été estimé, les droits de la femme ne seraient plus les mêmes; elle serait présumée avoir consenti d'avance à l'aliénation, s'être réservé seulement un recours sur les biens de son époux, recours uniquement sanctionné d'abord par un *privilegium inter personales actiones*, en vertu duquel elle est préférable aux autres créanciers chirographaires, recours soutenu plus tard par une hypothèque tacite sur les biens de son mari, et enfin depuis la fameuse loi *Assiduis* par une hypothèque privilégiée donnant préférence

sur tous autres créanciers, même hypothécaires, même antérieurs au mariage.

Nous remarquerons encore une bizarrerie vraiment romaine. La loi Julia, jugée bonne à Rome et dans le territoire italique, n'est pas applicable aux fonds provinciaux ; c'est là, du moins, l'opinion des jurisconsultes postérieurs. Les Institutes vont même plus loin : Justinien déclare que cette disposition était contenue dans la loi Julia ; mais nous trouvons dans Gaius, Com. II, 63 : « Nam dotale prædium maritus, invitâ muliere, per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit..., quod quidem jus utrum ad Italica tantum prædia, an etiam ad provincialia pertineat dubitatur. » Au temps de ce jurisconsulte, il n'était pas certain que la loi Julia fût inapplicable aux fonds provinciaux ; cette loi ne s'était donc pas clairement expliquée. Le compte-rendu de Justinien est évidemment inexact ; mais le texte auquel il fait allusion était une loi restrictive. Celle-ci portait atteinte à l'ancien droit de propriété du mari sur le fonds dotal, droit jusqu'ici intact. Suivant la règle générale d'interprétation des lois restrictives, la jurisprudence jugea bon de donner le moins d'extension possible à la loi, de ne pas l'appliquer aux immeubles provinciaux.

Si nous nous sommes appesanti un peu longuement sur ce fait que la loi Julia était inapplicable aux fonds provinciaux, c'est que des consé-

quences importantes vont être déduites de cette remarque ; ces conséquences vont être relatives au droit d'hypothéquer les biens dotaux. L'hypothèque est un démembrement du droit de propriété ; l'immeuble sur lequel elle pèse diminue de valeur. Il faut conclure de là que la loi Julia, prohibant toute aliénation du fonds dotal, et même, au dire de Gaius, toute obligation contractée sur ce fonds, comme susceptible d'en diminuer la valeur, eût compris le droit d'hypothèque dans la défense faite au mari de disposer du fonds dotal sans le consentement de sa femme, si ce droit d'hypothéquer les biens dotaux eût été connu à Rome, au moment où fut portée la loi Julia ; mais les textes qui relatent les dispositions de cette loi Julia sont muets sur la prohibition d'hypothéquer. C'est d'abord un texte de Paul : « Lege Julia de adulteriis cavetur, ne dotale prædium maritus, invitâ uxore alienet. » *Pauli Sentent.*, Lib. II, tit. XXII, B, § 2.) C'est ensuite le texte de Gaius cité plus haut. Il est vrai que nous trouvons dans la loi 4 *de fundo dotali :* « Lex Julia quæ de dotali prædio propexit, ne id marito liceat alienare vel *obligare*..... ». Mais ce mot *obligare* ne pourrait-il pas être uniquement, comme le fait judicieusement remarquer M. Accarias, une conséquence du mot *alienare ?* Gaius ne dit pas qu'il fût dans la loi ; celle-ci certainement ne mentionnait pas l'hypothèque, et surtout ne défendait pas au mari, comme le dit Justinien, de la constituer même

avec le consentement de la femme. D'ailleurs, nous savons qu'à l'époque de la loi Julia, l'hypothèque était inconnue en Italie, le seul endroit, cependant, où cette loi fût applicable. C'est là une nouvelle preuve de l'inexactitude des assertions contenues dans les Institutes. (Lib. II, tit. VIII.)

Et cependant, à l'époque des jurisconsultes, il est certain que l'hypothèque ne peut être consentie par le mari sur le fonds dotal, même avec le consentement de sa femme. Quel texte a donc établi cette nouvelle décision? On a parlé d'édits d'Auguste et de Claude. Les mêmes raisons qui rendent impossible de voir la disposition dont il s'agit écrite dans la loi Julia, nous conduisent à rejeter cette hypothèse.

Plus tard le sénatus-consulte Velléien défend absolument à la femme de s'engager, d'intercéder pour autrui. Le mari est compris dans cette prohibition. Or, en donnant son consentement à la constitution d'hypothèque faite par le mari, la femme diminue, engage, à l'occasion de l'obligation d'autrui, son droit de réclamer la dot. Cet engagement a lieu dans l'intérêt du mari dont le crédit se trouve augmenté. Il ne constitue pas néanmoins une donation, puisque la solvabilité de l'époux garantira, sans doute, les droits de la femme. Du moins, si plus tard, l'hypothèque est préjudiciable à celle-ci, elle n'aura pas cru s'exposer à ce préjudice; elle n'aura pas eu à l'origine l'intention de se dépouiller. Les conditions requises pour que le

sénatus-consulte Velléien soit applicable sont toutes remplies. Ce sénatus-consulte a dû enlever à l'épouse le droit de consentir l'hypothèque constituée par son conjoint sur le fonds dotal. Par là, le mari ne pourra pas abuser de son expérience des affaires pour circonvenir sa femme, lui représenter comme chimérique le danger pour elle de compromettre sa dot. En même temps, et c'est là, à notre sens, un point très-important dans l'esprit des auteurs du sénatus-consulte, les marchés scandaleux que les maris pauvres consentaient trop souvent à leurs femmes riches, sont rendus impossibles. L'influence trop grande conquise par la femme se trouve diminuée. Le but réel et le but apparent du sénatus-consulte sont atteints à la fois.

Néanmoins, une distinction peut être proposée au cas où l'hypothèque consentie par le mari serait relative à une obligation personnelle de la femme. Dans l'espèce, en effet, on ne peut dire que l'épouse intercède pour autrui, et c'est là cependant le principe d'où nous faisons dériver la nullité du consentement donné par la femme à l'hypothèque constituée par le mari sur le fonds dotal. Dans de telles circonstances, cette hypothèque serait donc valable. Il est entendu que nous supposons le consentement de l'épouse. Dans l'hypothèse contraire, bien que la loi Julia n'ait pas visé spécialement l'hypothèque encore inconnue, les termes généraux, employés par Gaius, au sujet de cette

loi, nous semblent suffisants pour soutenir la nullité de l'hypothèque.

C'est ainsi que selon les lois 5 et 6 *de fundo dotali*, tout acte de disposition qui, sans transférer la propriété, en diminue l'étendue, par exemple la constitution des servitudes passives sur le fonds dotal, serait nul, en l'absence de l'adhésion de la femme. L'analogie est incontestable entre les deux cas. Du reste, comme conséquence de la loi Julia, nous devons admettre aussi que le fonds dotal ne peut être usucapé ou prescrit *longo tempore*. En l'absence de ces solutions, l'inaliénabilité ne serait qu'un vain mot. Celle-ci, en outre, commence non pas seulement avec le mariage, mais avec le droit du mari sur la dot, et finit en même temps.

Au contraire, les aliénations *per universitatem*, par exemple, si le mari se donne en *adrogation*, ne tombent pas sous le coup de la loi Julia, mais l'acquéreur *per universitatem* reste tenu des mêmes obligations que le mari. De même les aliénations, qui ont une cause nécessaire, comme, par exemple, si le copropriétaire d'une *universitas* indivise, dans laquelle se trouve compris le fonds dotal demande le partage.

Nous devons encore signaler certaines dispositions remarquables, en vertu desquelles le mari possède sur la dot un droit de rétention plus ou moins étendu selon les cas : 1° *propter liberos*, dans l'intérêt des enfants ; 2° *propter mores*, lorsque l'épouse a été cause du divorce : 3° *propter res*

amotas, si la femme a détourné certains objets; 4° *propter impensas*, pour solder les dépenses nécessaires ou utiles faites par le mari sur les biens dotaux.

Ce droit de rétention n'est plus exercé sous Justinien dans tous les cas qui précèdent. A cette époque, d'ailleurs, un remaniement complet du régime dotal a eu lieu. La propriété de la dot est passée à l'épouse. Les textes, tout en conservant au mari la titre de *dominus dotis*, nomment aussi le droit de la femme un droit de propriété. Et, en effet, l'inaliénabilité du fonds dotal a pris, nous l'avons vu, un caractère nouveau.

Le mari ne peut plus aliéner, même avec le consentement de sa femme. Il ne reste plus rien en ses mains de ce *jus abutendi*, qui est cependant le signe caractéristique de la propriété. La loi ne tend pas seulement à protéger l'épouse contre la dissipation de son conjoint, elle s'occupe avant tout de sauvegarder le plus sacré de tous les intérêts en jeu, celui des enfants. Le fonds dotal sera pour eux un patrimoine certain. Ni le mari, ni la femme n'en peuvent disposer. Il est absolument inaliénable.

L'esprit et le texte de la loi Julia ou du Velléien, sont absolument abandonnés. On ne cherche ni à assurer le second mariage de l'épouse, ni à la protéger, ni à diminuer son influence. Moyennant certaines formalités, dont l'énumération serait

inutile ici, la femme peut intercéder en faveur des tiers, son mari excepté.

Toute la législation nouvelle semble avoir été combinée au désavantage de ce dernier. L'inaliénabilité a été étendue aux immeubles provinciaux eux-mêmes. La restitution des choses dotales pourra être demandée, non-seulement par la femme, le père constituant ou le tiers, qui a stipulé la restitution, mais même par les héritiers de cette femme. Après un temps limité, sauf dans certaines circonstances exceptionnelles, le mari ne doit rien garder de la dot. Son droit a donc perdu ce caractère essentiel de la propriété, la perpétuité. Si, au moment de la dissolution du mariage, des choses déclarées inaliénables sont passées entre des mains étrangères, la femme ou ses héritiers sont présumés avoir reçu cession de l'action en revendication du mari ou de ses héritiers. Bien plus, si les choses dotales, estimées ou non, sont encore en nature entre les mains du mari ou de ses représentants, la femme peut les revendiquer comme siennes (L. 30, C., *de jure dotium*). Il est vrai que si les biens dotaux non déclarés inaliénables par la loi, ne sont plus entre les mains de l'époux, la même action en revendication ne peut plus être exercée. Mais faut-il s'arrêter à cette distinction ? Le droit qui reste au mari de transférer une propriété sérieuse aux tiers, ne pourrait-il pas être interprété comme un droit de large administration ? Une telle manière

de voir n'a-t-elle pas été admise comme une nécessité par l'art. 1449 de notre Code? n'est-il pas évident que toute bonne administration suppose le droit de disposer du mobilier? Et, d'ailleurs, s'il s'agissait d'immeubles estimés, auxquels nous n'oserions pas appliquer le principe d'inaliénabilité, la femme n'a-t-elle pas pour les atteindre indirectement entre les mains des tiers acquéreurs, en vertu de la loi même, une action hypothécaire privilégiée qui pourra produire des résultats définitifs fort semblables à ceux d'une action en revendication ?

En résumé, le mari n'a plus aucun droit sur la dot, après la dissolution du mariage. Pendant le mariage, le *jus abutendi* est totalement absent de ses mains, ou soumis à des restrictions telles qu'il est devenu illusoire. On peut dire que le mari n'est plus propriétaire de la dot. Celle-ci, nous l'avons déjà dit, sera non plus un moyen de se remarier, donné à la femme, mais un patrimoine certain pour les enfants. Le mari, pour parer aux dépenses du ménage, a la jouissance et par suite l'administration des biens dotaux. Mais il ne pourra plus jamais aliéner les immeubles.

Nous savons qu'après la dissolution du mariage, la femme a droit à la restitution de la dot, et que cette restitution est garantie par une action en revendication pour les biens dotaux qui se trouvent dans le patrimoine du mari, et enfin,

en dernier lieu, par une hypothèque privilégiée portant sur tous les biens du mari.

Exceptionnellement, cependant, si la dot court quelque danger par suite de l'insolvabilité imminente du mari, on admet la femme à intenter l'action *de dote* pendant le mariage, à l'effet de reprendre les biens dotaux, sauf le droit du mari d'en conserver le revenu (L. 29, C., *de jure dotium*, 5, 12). On peut voir là une sorte de séparation de biens.

SECTION II

BIENS PHARAPHERNAUX

Nous avons dit plus haut, qu'à côté des biens dotaux, l'épouse romaine possède une catégorie de biens, appelés biens paraphernaux, dont, à son aise, elle peut disposer. N'est-elle pas, depuis que la tutelle des agnats, la seule sérieuse, a disparu, la seule maîtresse de ses pharaphernaux, sauf cependant la prohibition d'intercéder, édictée par le Velléien, à peu près disparue d'ailleurs dans le dernier état du droit?

Les paraphernaux sont donc à la disposition de la femme. Ils échappent absolument à son conjoint. Une seule barrière est opposée au droit de l'épouse, barrière également désavantageuse au mari. Elle découle de l'interdiction des donations entre époux, consacrée depuis longtemps par l'usage, réglée plus tard par un sénatus-consulte du

temps de Caracalla. Encore, ces donations, nulles dans le principe, peuvent-elles être confirmées par le prédécès de l'époux donateur, sans révocation. Mais tout autre contrat entre conjoints est entièrement permis. La prohibition des donations est une limite opposée à l'influence trop grande que l'un des époux pourrait exercer sur l'autre.

Ainsi, dans la dernière période romaine, la femme est à peu près indépendante. Toute la suprématie du mari se résume en une autorité vague sur la personne de son épouse, et dans la jouissance des biens dotaux, impliquant direction du ménage.

Quelle route immense parcourue depuis l'esclavage de la femme dans les premiers temps de l'histoire romaine !

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Dans notre ancien droit, les femmes formaient une classe d'incapables; certains droits civils leur étaient refusés. Remontons rapidement jusqu'à l'origine de notre droit.

DROIT GAULOIS

La puissance maritale est absolue : « Viri in uxores sicuti in liberos vitæ necisque habent potestatem. » (César, Com., VI, 19.)

Après la mort de l'époux, surtout lorsqu'il était d'une classe élevée, s'il y avait lieu de soupçonner un crime, les parents du défunt mettaient ses femmes à la question et même à mort. D'où il résulte que la femme entrait dans la famille de son conjoint, puisqu'elle était soumise à la juridiction de celle-ci. (M. Chambellan, *Etudes sur l'histoire du Droit français.*)

Faut-il conclure de ce mot *uxores* que la polygamie était permise chez les Gaulois ? Un mot d'explication avant de répondre.

Il y avait en Gaule un régime légal des biens.

La femme apporte une dot (*pecuniam*, mobilier) ; le mari doit de ses biens faire un apport égal, constaté par experts. Des auteurs ont vu dans cette institution la communauté de biens entre époux ; nous ne croyons pas cette opinion fondée, nous y voyons tout au plus l'idée de la communauté. Il suffit de remarquer que cette masse des deux apports reste entière pendant le mariage, les fruits sont accumulés, tandis que chez nous les revenus sont dépensés. D'après le Code, la communauté se partage à la mort de l'un des époux : en Gaule, celui qui survit a toute la masse, son apport aussi bien que celui du défunt, avec tous les fruits accumulés. Ce qu'il y a de très-remarquable dans cette institution, c'est l'égalité des apports, de l'attente et du gain de survie.

Quand un homme se marie, il diminue sa fortune, puisqu'il est obligé de verser sur ses propres biens une somme égale à la dot de la femme ; nous en concluons que la polygamie était peu répandue ; car plusieurs mariages nécessitant plusieurs apports auraient épuisé la fortune de l'époux. (M. Chambellan, *loc. cit.*, p. 283.)

DROIT GERMANIQUE

En général, la monogamie existait chez les Germains. La femme passe du *mundium* de son père ou de son agnat sous le *mundium* de son

mari. Ce *mundium* n'est pas comme la *manus* des Romains, un pouvoir absolu, c'est un pouvoir tutélaire, de protection, accordé à tous les êtres faibles, femmes, enfants, vieillards.

Le mari donne à sa femme une dot mobilière, bœufs, cheval, bouclier, lance, épée (Tacite). Elle est ainsi avertie qu'elle sera associée à son époux et dans les travaux de la paix et dans les fatigues de la guerre. La dot était comme le prix du *mundium* cédé par le père.

Pendant le mariage, la femme est entretenue par son époux ; à la dissolution, elle prend certains biens du défunt, et voilà le commencement du douaire.

EPOQUE GALLO-ROMAINE

Nous avons étudié la législation romaine : notre pays jusqu'au Vᵉ siècle fut régi par les mêmes lois ; il est donc inutile d'y revenir. De même qu'à Rome, on refusait à la femme tout ce qui touchait au *munus publicum*.

DROIT COUTUMIER

Les coutumes étant nées surtout du conflit et de la fusion des trois législations dont nous venons de parler, c'est bien maintenant le lieu d'étudier la condition de la femme mariée, dans le droit coutumier.

L'étude de cette condition se dédouble, et doit, pour être complète, comprendre deux éléments : l'un fixe, invariable, réglé par la loi et résultant de la puissance maritale ; l'autre variable, abandonné au libre choix des parties, et dépendant du régime marital qu'elles ont voulu adopter.

Nous allons étudier successivement ces deux éléments de la condition de la femme mariée.

La puissance maritale, telle que nous la comprenons aujourd'hui, n'existait pas en droit romain ; et la condition de la femme mariée était laissée à la discrétion complète des époux qui pouvaient, suivant qu'ils faisaient ou non *conventio in manum,* laisser la femme tout à fait indépendante de son mari, ou la mettre à son égard dans une dépendance complète, qui en faisait presque sa chose.

En Germanie, ainsi que nous l'avons vu, le père, en mariant, sa fille transporte à son gendre le *mundium,* espèce de pouvoir protecteur, et dans cet usage on peut déjà apercevoir un faible commencement de notre puissance maritale.

Ce qui paraît plus exact (M. Chambellan, *à son cours*), c'est que cette puissance est née de la notion chrétienne.« Le mari est le chef de la femme, » dit saint Paul. Oui, il est son chef comme plus fort, plus expérimenté ; mais son pouvoir est celui du conseiller, du protecteur. Car la condition de la femme est égale à la sienne en dignité.

Cette influence des doctrines chrétiennes sur la

condition de la femme mariée s'exerça, dès l'origine, d'une manière très-sensible sur l'élément purement moral de cette condition; la femme, dégradée par la corruption des derniers siècles de Rome, recouvra sa dignité par la sanctification du mariage, dont le christianisme avait fait un sacrement; elle reprit sa place au foyer domestique et partagea avec son mari la puissance paternelle. L'élément juridique de la condition de la femme mariée ne subit pas aussi facilement l'influence de la morale chrétienne, et pendant plusieurs siècles, après la chute de l'empire romain, la puissance maritale fut encore, à ce point de vue, considérée comme existant dans l'intérêt du mari.

Il en était encore ainsi au treizième siècle. Nous lisons, en effet, dans Beaumanoir (Cout. de Beauvoisis, ch. XXXIV, 50) que les obligations contractées par la femme seule soit pendant, soit même avant le mariage, ne sont pas opposables au mari. Il résulte de là : 1° que le mari n'a pas d'action pour demander la nullité des obligations contractées par la femme au mépris de sa puissance; il n'a qu'une exception à opposer au créancier qui le poursuit; 2° qu'il peut opposer cette exception même aux créanciers qui ont traité avec la femme, avant le mariage, et 3° que, dès que le mariage est dissous, les obligations contractées par la femme, même pendant la durée du mariage, redeviennent valables, n'étant plus sous le coup de l'exception du mari.

C'est assurément une singulière et bien défectueuse organisation de l'incapacité de la femme mariée. Il ne faut pas s'en étonner, rien de semblable n'avait existé jusqu'alors. Poursuivons, et nous allons constater le progrès de la législation coutumière sur ce point.

Au quinzième siècle, le Grand Coutumier de Charles VI exige que la femme, pour ester en justice, soit autorisée de son mari. Les interprètes et la jurisprudence durent étendre cette prescription aux autres actes faits par la femme. En cas d'absence du mari, la femme pouvait agir avec autorisation de la justice. Voilà l'idée de l'intérêt exclusif du mari qui commence à faire place à l'idée de protection de la femme. Mais il n'est encore rien dit du cas où le mari présent refuse l'autorisation. Il est probable qu'alors la femme était dans l'impossibilité d'agir.

Au seizième siècle, époque de la rédaction des Coutumes, la théorie de l'incapacité de la femme mariée est à peu près formée. Il n'est plus question évidemment de la nullité des actes antérieurs au mariage. La première rédaction de la Coutume de Paris, faite au commencement du siècle (1510), était muette sur le point de savoir si la femme pouvait invoquer elle-même la nullité des actes faits par elle sans l'autorisation du mari. C'est à Dumoulin que revient en grande partie l'honneur d'avoir fait triompher la solution affirmative, et d'avoir ainsi porté le dernier coup à la puissance

maritale païenne, établie uniquement dans l'intérêt du mari.

La seconde rédaction de la Coutume de Paris, faite à la ~~fin du~~ même siècle (1580) consacra formellement cette doctrine (art. 223) et décida, dans le même esprit que, en cas de refus du mari, la femme pourrait agir avec l'autorisation de justice.

La Coutume de Paris, n'accordant qu'au mari et à la femme le droit de demander la nullité des actes faits par cette dernière sans autorisation, et ne disant rien des tiers, on s'est demandé s'il ne fallait pas néanmoins voir, dans cette nouvelle théorie, une nullité d'ordre public, c'est-à-dire absolue et pouvant être invoquée par toute personne intéressée.

Il nous paraît impossible, après avoir suivi la marche de l'organisation de l'incapacité de la femme mariée, d'admettre ce système. Les seuls éléments dont nous ayons constaté l'existence dans cette organisation, sont la protection de la femme et la puissance maritale. La femme qui n'a pas été protégée, ou le mari dont l'autorité a été méconnue, ont seuls le droit d'agir en nullité; il serait tout à fait contraire à la pensée du législateur d'autoriser le tiers cocontractant, lorsque la femme aura fait seule un acte que son mari et elle-même considèrent comme avantageux, à demander la nullité de cet acte.

C'est sur cette observation que Ferrière repousse

le système que nous combattons en ce moment.

Lebrun professait la même opinion ; il voyait, dans l'art. 223 de la Coutume de Paris : « un privilége du mari et de sa femme ».

Il nous semble que prétendre voir dans l'article 223 une nullité radicale, c'est méconnaître formellement les aspirations et les idées de Dumoulin, la réforme qu'il proposait était une brèche faite à l'ancienne puissance du mari, trop aristocratique et trop absolue. En faisant de la nullité de l'art. 223, une nullité d'ordre public, on tend, au contraire, à donner à cette puissance une importance beaucoup plus considérable et uniquement dans l'intérêt du mari ; car il est bien certain que ce n'est pas lorsque la femme aura manqué de protection et aura fait un acte désavantageux pour elle, que son cocontractant agira en nullité ; c'est lorsque l'acte lui aura été peu favorable ; et, alors l'idée qu'il met en avant, pour demander la nullité, n'est autre que celle-ci : il est contraire à l'ordre public qu'une femme refuse de se soumettre à la suprématie de son mari et cherche à se soustraire à sa puissance ; idée complétement étrangère à la protection de la femme et en opposition évidente avec les aspirations de Dumoulin.

Nous pouvons invoquer, à l'appui de notre opinion, l'autorité de notre savant professeur, M. Chambellan, qui voit dans l'art. 223 de la Coutume de Paris, une nullité purement relative,

et enseigne que l'art. 225 du Code civil n'a introduit aucune innovation et n'a fait que consacrer la théorie de notre ancien droit.

Nous avons distingué dans l'étude de la femme mariée un second élément ayant trait exclusivement à ses biens, et que nous avons nommé le régime matrimonial.

Cette distinction, que nous avons indiquée plus haut sans y insister, ne peut être faite qu'à partir d'une époque de beaucoup postérieure à la chute de l'Empire romain et au développement du christianisme. Pendant plusieurs siècles le régime matrimonial est lui-même un élément de la puissance maritale, fixé et réglé d'avance par les lois ou les usages du pays, et auquel les conventions des parties ne peuvent rien changer. « Si tost comme mariage est fes, dit Beaumanoir (XXI, 2), li biens de l'un et de l'autre sont communs par la vertu du mariage ».

Ce n'est que lentement que s'introduisit l'usage de modifier par des conventions les règles du régime matrimonial adopté par la coutume du pays. Cette faculté s'élargit de plus en plus à mesure que la puissance maritale changeait de caractère, et tendait à être considérée comme existant aussi bien dans l'intérêt de la femme que dans celui du mari. Enfin, au XVI[e] siècle, lorsque la doctrine de Dumoulin eut définitivement triomphé et eut été consacrée par les rédacteurs de la coutume de Paris, le principe de la liberté

des conventions matrimoniales fut proclamé, et le régime matrimonial devint définitivement indépendant de la puissance maritale.

Le régime de droit commun dans les coutumes était la communauté : c'était une sorte de société formée entre les époux, et donnant à la femme le droit de prendre sa part dans les bénéfices ou les économies réalisées pendant le mariage, et même plus tard, de confondre certains de ses biens avec certains biens du mari, dans une masse commune destinée à subvenir aux besoins de la famille, et à être partagée entre les époux, à la dissolution du mariage avec tous les biens dont elle se serait accrue.

C'était l'application aux intérêts pécuniaires des époux de l'idée chrétienne du mariage, faisant de la femme en même temps que la compagne de l'homme, son associée. travaillant avec lui à la prospérité du patrimoine de la famille et recueillant avec lui les fruits de leurs efforts communs.

Aucune institution semblable n'existait avant le christianisme. Nous avons examiné, en droit romain, tout ce qu'il y a d'inexact, malgré quelques apparences de vérité dans la théorie qui assimile le régime de communauté au régime romain de la *manus*. Il est inutile d'insister pour montrer combien la condition de la femme, sous ces deux régimes, est dissemblable : la *manus* supprime la personnalité et en fait presque la chose de son

mari, la communauté en fait son associée, presque son égale.

Nous ne pensons pas non plus qu'il faille chercher l'origine de la communauté dans le mariage gaulois. Nous y trouvons bien un apport de chaque époux, mais il ne s'opère pas de partage, la masse appartient au survivant. C'est dans le mariage germain, tel qu'il était organisé en dernier lieu, à l'époque où le christianisme a pénétré dans le nord de la Gaule que la communauté nous semble avoir pris naissance. Ce peuple était, en effet, au témoignage de Tacite, celui chez lequel la condition de la femme mariée se rapprochait le plus de la conception chrétienne, et qui avait le plus de tendances à considérer la femme comme l'égale du mari, et à voir dans celui-ci un protecteur et non un maître.

Le pays de droit écrit ayant conservé presque intact le droit romain des derniers temps de l'empire, les idées chrétiennes pénétrèrent plus difficilement et plus lentement dans cette législation organisée; l'institution de la puissance maritale en fut bannie pendant tout le moyen âge, et la seule règle de la condition de la femme mariée fut le régime matrimonial. Ce régime était le régime dotal, tel que nous l'avons vu organisé par les constitutions de Justinien. Le mari était propriétaire des biens dotaux et la femme perdait tous ses droits sur eux ; quant à ses paraphernaux, elle jouissait d'une pleine et entière capacité, et pou-

vait en disposer librement, sans autorisation maritale.

Peu à peu cependant le principe de la liberté des conventions, et plus tard le mouvement d'unification législative de la France, caractérisé par les ordonnances des rois, firent pénétrer dans le pays de droit écrit la théorie coutumière de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme. Nous pouvons citer, à titre d'exemples, l'ordonnance de 1731 (art. 9), qui exige que la femme mariée soit munie de l'autorisation de son mari pour accepter une donation ; et l'édit de Louis XIV, de 1664, qui statue que, dans les pays de droit écrit, ressortissant du Parlement de Paris, la femme mariée ne pourra pas aliéner ses paraphernaux sans l'autorisation de son mari.

Cette puissance maritale ayant la même origine que celle que nous avons vu s'établir et se développer longtemps avant dans les pays coutumiers, devait avoir le même caractère : le mari était le protecteur de la femme, et la puissance maritale lui était donnée dans l'intérêt des deux époux.

Mais, si nous considérons le régime matrimonial, la condition de la femme, dans les pays de droit écrit, nous apparaît toute différente de celle qui lui est faite par le régime coutumier.

Dans le régime dotal, en effet, point d'association, point d'intérêt commun entre les époux. La femme devant prendre sa part des charges du

ménage, apporte dans ce but au mari certains biens dont les revenus pourront par lui être dépensés ou économisés sans qu'il doive en rendre aucun compte. Quant à ces biens eux-mêmes, ni le mari, ni la femme, ni tous les deux ensemble ne peuvent en disposer. De son côté, la femme peut garder une partie de la fortune qu'elle administrera seule, et sur laquelle le mari ne pourra prétendre aucun droit.

DROIT ACTUEL

DROIT FRANÇAIS

PRÉLIMINAIRES

A Rome, le mariage ne créant par lui-même aucune incapacité, et n'entraînant aucune modification essentielle dans la condition de la femme, le seul élément constitutif de la condition de la femme mariée était le régime matrimonial adopté par les époux. Nous avons en conséquence étudié successivement cette condition sous les différents régimes.

Dans notre étude du Droit coutumier et de la législation des pays de droit écrit, nous avons vu se dessiner insensiblement, dans la condition de la femme mariée, deux éléments distincts : la puissance maritale et le régime matrimonial.

Dans les pays de droit, écrit la tradition romaine se continuant, la femme mariée reste capable jusqu'à l'époque monarchique et sa condition n'est réglée que par les lois du régime dotal. A cette époque la théorie de l'autorisation maritale pénètre dans

cette législation et ajoute à cet élément unique et abandonné à la liberté des conventions un second élément fixe et invariable.

Dans les pays coutumiers, la marche se fait en sens inverse ; la femme, par ce fait seul qu'elle est en puissance de mari, est à l'origine soumise au régime de communauté. Mais, dès le seizième siècle, le principe de la liberté des conventions a triomphé : la femme peut modifier sa condition pour tout ce qui est relatif au régime matrimonial ; mais, pour tout ce qui est du ressort de la puissance maritale, et résulte directement et de plein droit de son état de femme mariée, sa condition est irrévocablement fixée par la loi elle-même.

Le Code civil a reproduit cette distinction, et aujourd'hui, lorsqu'une femme contracte mariage, les modifications que subit sa condition peuvent être rangées en deux classes : les unes résultant du mariage et de ce fait que la femme va vivre désormais en puissance de mari : les autres résultant des conventions matrimoniales et du régime choisi par les époux.

Nous emparant de cette distinction, nous allons diviser notre travail en deux grandes parties, qui correspondront à ces deux classes.

PREMIÈRE PARTIE

CONDITION CIVILE DE LA FEMME RÉSULTANT DU FAIT SEUL DU MARIAGE

CHAPITRE I

FONDEMENT DE LA NÉCESSITÉ DE L'AUTORISATION MARITALE

A l'inverse de la législation romaine, qui, après avoir frappé la femme en général, à raison de son sexe, d'un grand nombre d'incapacités, laisse à la femme mariée la condition qu'elle avait avant son mariage, notre droit moderne laisse aux femmes leur capacité pleine et entière, la jouissance et l'exercice de tous leurs droits civils, mais les frappe d'incapacité dès qu'elles ont contracté mariage et les prive de l'exercice des plus importants de leurs droits civils : « Nos coutumes, dit Pothier, ont mis la femme dans une telle dépendance de son mari, qu'elle ne peut rien faire de valable et qui ait quelque effet civil, si elle n'a été habilitée et autorisée par lui à le faire. » (*Traité de la puissance du mari*, n° 2.) Il y a là évidemment une exagération de l'incapacité de la femme mariée ; pour un certain nombre d'actes que nous énumérerons, elle reste capable ; cette exagération n'est

qu'une des nombreuses manifestations d'une tendance générale de Pothier à étendre et à rendre plus vigoureux pour la femme les effets de la puissance maritale. Nous préférons prendre pour formule générale de cette incapacité, et sauf explications ultérieures, l'art. 194 de la Coûtume d'Orléans que Pothier lui-même cite comme l'expression la plus exacte de la législation coutumière sur ce point : « Femme mariée, dit cet article, ne peut donner, aliéner, disposer ni aucunement contracter entre-vifs, sans autorité et consentement de son mari. » Cette rédaction nous semble de beaucoup préférable à celle de l'art. 217 du Code civil, qui mêle malencontreusement les idées toutes différentes de puissance maritale et de régime matrimonial, qui omet de parler des obligations contractées par la femme, et qui enfin peut donner naissance à des difficultés d'interprétation sur le point de savoir comment doit intervenir l'autorisation maritale.

Mais laissons pour le moment ces difficultés de détail et, après avoir constaté l'existence, dans notre législation, d'une incapacité spéciale aux femmes mariées, demandons-nous quel en est le fondement.

La solution de cette question a, au point de vue législatif, une importance capitale; il est certain, en effet, que le législateur qui verra la raison d'être de cette incapacité dans la faiblesse de la femme, et le besoin qu'elle a d'une protection efficace, l'or-

ganisera et la sanctionnera tout autrement que celui qui n'y verrait qu'une conséquence de la puissance maritale. Aujourd'hui, le législateur a parlé, sa théorie est écrite dans le Code ; nous n'avons qu'à étudier ses décisions pour découvrir quel esprit les a dictées et à quel point de vue nous devrons nous placer pour interpréter sainement les questions douteuses qui peuvent se soulever.

Dans l'ancien droit, cette théorie n'était organisée nulle part ; aussi les opinions des jurisconsultes étaient-elles très divergentes et les coutumes très variées. Pothier voyait la cause de l'incapacité de la femme mariée uniquement dans sa soumission au mari et dans la puissance de celui-ci sur sa femme. « Le besoin qu'a la femme de « cette autorisation de son mari, dit-il, n'est pas « fondé sur la faiblesse de sa raison ; car une fem- « me mariée n'a pas la raison plus faible que les « filles et les veuves, qui n'ont pas besoin d'auto- « risation. — La nécessité de l'autorisation du « mari n'est donc fondée que sur la puissance que « le mari a sur la personne de sa femme, qui ne « permet pas à sa femme de rien faire que dépen- « damment de lui. » (*Loc. cit.*, n° 3.)

Cette théorie tend à nous ramener à la puissance maritale telle qu'elle existait d'après Beaumanoir au treizième siècle, et Pothier, pour être conséquent, aurait dû admettre toutes les conséquences que Beaumanoir déduisait de ce principe que l'incapacité de la femme existe dans l'intérêt unique

du mari. Il aurait dû notamment admettre qu'après la dissolution du mariage, personne ne pouvant attaquer l'acte fait par la femme sans autorisation, cet acte devenait valable, tandis qu'il prétend, au contraire, que l'acte est frappé d'une nullité absolue et définitive (*loc. cit.*, n° 5).

Il devait, en second lieu, décider que rien ne pouvait suppléer l'autorisation maritale : le droit qu'il accorde à la femme d'agir avec autorisation de justice, en cas de refus du mari, nous semble en opposition avec sa doctrine. La seule conséquence de son système, devant laquelle Pothier n'ait pas reculé, est celle qui consiste à reconnaître au mari même mineur le droit d'habiliter valablement sa femme ; quoique mineur, il est mari, et comme tel investi de la puissance maritale (*loc. cit.*, n° 30).

Il nous paraît certain que la théorie de Pothier a été rejetée par les auteurs du Code. Nous n'en voulons d'autre preuve que l'art. 225 qui admet la femme à demander la nullité des actes qu'elle a faits sans autorisation.

Dumoulin enseigne une autre théorie, d'après laquelle l'incapacité de la femme aurait pour fondement la nécessité d'une administration unique dans l'intérêt commun de la famille. Conséquent avec ses principes, Dumoulin admet qu'en cas de séparation de biens, les intérêts et les biens des deux époux étant entièrement distincts et séparés, il n'y aurait pas lieu à autorisation maritale.

Nous ne pensons pas que ce système soit celui du Code. D'abord, le Code rejette la conséquence dont nous venons de parler et frappe d'incapacité les femmes séparées de biens comme celles qui sont mariées sous tout autre régime. De plus, la disposition qui permet de remplacer dans certains cas l'autorisation du mari par celle de la justice, nous paraît assez peu concordante avec cette théorie. Enfin, il nous semble que, si le Code avait considéré l'intérêt commun de la famille, c'est au mari seul qu'il aurait dû donner le droit d'agir en nullité.

Sans insister sur diverses autres théories qui ont été émises, notamment celle de Loysel, qui voit dans la puissance maritale la continuation de la puissance paternelle, nous arrivons à celle qui nous paraît avoir inspiré les rédacteurs du Code.

Il ressort des art. 218, 219, 221, 222, 224 et 225 que les auteurs du Code ont eu en vue, en organisant l'incapacité de la femme mariée, la puissance maritale et la protection de la femme. Toute cette organisation n'est que le développement de l'article 213 : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. » Telle est l'idée générale.

Ce double point de vue explique de la manière la plus satisfaisante, et sans qu'il reste aucune équivoque, toutes les dispositions de la loi relatives à l'incapacité de la femme mariée :

Le droit attribué à chacun des époux de deman-

der la nullité des actes faits par la femme sans autorisation ;

La faculté de suppléer l'autorisation du mari par celle de la justice, qui est une garantie nécessaire et suffisante pour la femme ;

L'insuffisance de l'autorisation donnée par le mari mineur, qui, bien qu'investi de la puissance maritale, ne saurait offrir à la femme une protection efficace et sérieuse.

Une difficulté cependant est soulevée contre ce système. Pourquoi, dit-on, protéger la femme mariée, alors que, hors mariage, on la considère comme capable de diriger elle-même et seule l'administration de ses biens? Nous répondrons à cette objection par une considération de fait qui n'a certainement pas été étrangère à la décision des auteurs du Code ; nous avons dit plus haut que Loysel considérait la puissance maritale comme la continuation de la puissance paternelle ; il y a une grande part de vérité dans cette théorie. La plupart des femmes, en effet, restent sous la puissance ou sous la protection de leur père jusqu'au moment de leur mariage ; à ce moment elles échappent à la puissance paternelle ; mais elles trouvent un protecteur dans leur mari ; quant à celles, beaucoup plus rares qui, privées de la protection paternelle, n'éprouvent pas le besoin de chercher dans le mariage une nouvelle protection et pensent pouvoir diriger elles-mêmes l'administration de leurs biens, la loi n'a pas

voulu les frapper d'incapacité ; c'est-à-dire qu'elle a considéré que la femme qui se marie cherche un protecteur, tandis que celle qui vit seule dans le monde, manifeste le désir d'être seule maîtresse de la direction de ses affaires.

CHAPITRE II

ÉTENDUE DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

L'incapacité étant une conséquence du mariage commence et finit avec lui. Cette observation n'est pas superflue; car, dans l'ancien droit, certaines coutumes faisaient naître la nécessité de l'autorisation du jour des fiançailles (Pothier, *De la Puissance du mari*, n°s 7 et 8).

La séparation de corps ne relève pas la femme de son incapacité ; elle n'opère pas en effet la dissolution du mariage et ne fait qu'affranchir les époux de l'obligation de vivre ensemble.

Il est évident que le régime matrimonial, adopté par les conjoints, peut modifier sensiblement l'étendue de l'incapacité de la femme. Certains régimes lui laissent la libre administration de ses revenus (séparation de biens) ; un autre confère au mari, à lui seul, tous les pouvoirs (communauté légale), et dans cette hypothèse, si la femme contracte, ce sera beaucoup moins en son nom propre qu'au nom de son mari, de sorte que les juges auront à trancher bien plus souvent une question

de mandat qu'une question d'autorisation maritale. Toutefois, il est une limite que l'on ne peut franchir et quelque régime que les époux aient choisi, l'autorisation sera toujours exigée pour les actes les plus importants.

SECTION I

ACTES JUDICIAIRES

La règle est posée en l'art. 215 : « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique ou non commune ou séparée de biens. »

Ester en jugement..... Ces mots ne sont qu'une corruption et une mauvaise traduction du latin *stare in judicio*.

D'après cette disposition du Code, la femme ne peut plaider soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, soit comme intervenante, sous quelque régime qu'elle soit mariée, sans le consentement de son époux.

Remarquons que ces mots : *quand même elle serait non commune*, devraient être supprimés de l'article ; ils semblent indiquer que cette qualité de non commune donne à la femme plus de droits ; mais il n'en est rien ; le régime exclusif de communauté est, au contraire, l'un de ceux où la femme est le moins libre. C'est une erreur du législateur. Ainsi, sous quelque régime qu'elle soit ma-

riée, la femme ne peut plaider sans autorisation, lors même qu'elle serait séparée de biens.

Lorsque la femme est marchande publique, le Code, tout en lui laissant le pouvoir d'administrer son fonds de commerce, de s'obliger, etc., ne lui a pas permis de plaider sans autorisation. Pour chaque acte de commerce, l'intervention du mari eût entraîné des lenteurs préjudiciables à la prospérité de ses affaires, mais les procès sont assez rares pour que, dans une pareille occasion, le mari soit consulté.

Dans l'ancien droit, les coutumes de Mantes, de Sedan, de Montargis, accordaient à la femme marchande publique le droit d'ester en justice pour les opérations de son négoce, mais la plupart lui refusaient ce pouvoir. Au contraire, on admettait généralement que la femme séparée avait le droit de plaider pour ce qui concernait l'administration de ses biens (Pothier, n° 61).

L'incapacité de plaider est donc absolue, fût-ce contre le mari lui-même ; nous verrons cependant deux exceptions à cette règle : au cas de demande en séparation de corps et de demande en séparation de biens.

Peu importe la juridiction civile, administrative ou criminelle ; peu importe aussi le degré de juridiction, justice de paix, tribunal civil d'arrondissement, cour d'appel, cour de cassation, conseil de préfecture, conseil d'État, tribunal de police correctionnelle, chambre des appels correctionnels.

Dans tous les cas, la femme a besoin pour plaider de l'autorisation maritale.

Peu importe aussi le rôle qu'elle joue dans l'instance, celui de demanderesse ou de défenderesse, à moins qu'il ne s'agisse de matière criminelle, ainsi que nous le verrons plus loin.

Est-elle demanderesse ? Si l'exploit d'assignation ne contient pas d'autorisation par le mari, le défendeur ne pourrait cependant pas demander la nullité des actes de procédure faits par la femme (art. 225 et 1125). Mais il serait fondé à refuser le débat jusqu'à ce que la femme ait été autorisée, et pour cela le tribunal a l'habitude d'accorder un délai à la femme.

Est-elle défenderesse ? Le demandeur doit assigner non-seulement la femme, mais aussi le mari, à fin d'autorisation, sinon l'assignation est nulle.

Le mari étant assigné avec sa femme, s'il ne l'autorise pas à plaider, le tribunal accorde l'autorisation dans le jugement qui statue sur la demande, quelle que soit la décision, et sans distinguer du reste si le jugement est contradictoire ou par défaut.

Indiquons, en passant, une restriction à la règle édictée par l'art. 215 que l'on a cru trouver dans l'art. 490.

D'après cet article, l'un des époux est recevable à provoquer l'interdiction de son conjoint. Supposons que ce soit la femme qui demande l'interdic-

tion de son mari, aura-t-elle besoin de l'autorisation maritale ?

Non, prétend-on ; c'est la loi elle-même qui, par l'art. 490, autorise la femme ; d'ailleurs, en fait, comment l'obtiendrait-elle, cette autorisation ? Cela n'est pas possible (Lyon, 1863 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 125).

Oui, affirmerons-nous ; l'art. 215 pose une règle générale ; l'art. 490 n'y déroge point. Si le mari est incapable, l'épouse s'adressera à la justice ; mais il serait dangereux de permettre à une femme de commencer sans contrôle une poursuite aussi scandaleuse (Toulouse, 1823, Cassation, 1864, Delvincourt, t. I, p. 130; Merlin, *Autorisation maritale ;* Valette, *Explications sommaires*).

Exceptions.

§ 1er.

L'art. 216 est ainsi conçu : « L'autorisation du mari n'est pas nécessaire, lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police. »

Il y a donc lieu de distinguer.

L'autorisation sera nécessaire, si la femme est demanderesse, et sera inutile lorsqu'elle sera défenderesse.

Retenir la femme, qui veut, emportée par la passion, s'engager dans un mauvais procès civil, ce sera servir ses intérêts ; quand elle est attaquée, toujours au civil, si elle n'a aucun moyen de dé-

fense, il sera bon de l'empêcher de gaspiller sa fortune en frais inutiles. En matière criminelle, il en est autrement. Le mari pourra encore, si sa femme est demanderesse, examiner le bien-fondé du procès et donner ou refuser son consentement ; les inconvénients ne seront pas considérables. Mais, si elle est poursuivie, la femme a son honneur à défendre, et c'est une chose trop précieuse, trop délicate pour que le mari en soit le souverain arbitre. Le crime ou le délit serait-il même évident, avoué, elle a le plus grand intérêt encore à obtenir par des aveux sincères et un profond repentir de sa faute, un abaissement de peine.

Il serait absurde d'admettre que le mari pourrait arrêter le cours de la justice, en refusant son approbation à la défense de la femme. « L'autorité du mari, disait M. Portalis, disparaît devant celle de la loi, et la nécessité de la défense naturelle dispense la femme de toute formalité. » (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 583.)

La solution serait-elle la même si la femme était poursuivie par la partie civile ?

Il faut encore distinguer.

Lorsque la partie civile poursuit accessoirement au ministère public, les auteurs sont d'accord pour reconnaître que l'autorisation est inutile ; dans cette hypothèse, en effet, nous avons signalé l'impossibilité qu'il y aurait à laisser le mari maître de gêner la défense et aussi d'entraver à son gré l'action publique ; et l'action publique et l'ac-

tion civile sont intimement unies, puisque la partie lésée peut former sa demande devant la même juridiction et jusqu'au moment du jugement.

Lorsque la partie civile agit par citation directe (art. 145 et 182, Code Inst. criminelle), le consentement du mari doit-il être obtenu par la défenderesse ?

Des auteurs éminents (Aubry et Rau, t. IV, p. 124 ; Marcadé, art. 216) prétendent que l'autorisation est nécessaire. Dans ce cas, rien n'empêche la partie lésée d'assigner le mari en même temps que la femme ; le mari peut avoir un grand intérêt, pour éviter un scandale judiciaire, à s'arranger à l'amiable avec le demandeur.

La loi n'a dispensé la femme de la formalité du consentement que lorsqu'elle serait défenderesse à l'action du ministère public, ou à la demande de la partie lésée accessoire à cette poursuite ; elle n'a point visé la femme directement poursuivie, par la partie lésée soit devant un tribunal civil soit même devant un tribunal de justice répressive. La femme doit donc être pourvue de l'autorisation : *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

A notre sens, ces raisons ne sont pas déterminantes. L'art. 216 est général, et quand même la poursuite serait intentée directement par la partie civile, la femme n'en serait pas moins poursuivie en matière criminelle ou de police ; nous ne voyons pas pourquoi l'on ferait une distinction. Les motifs de la loi s'appliquent également à cette

hypothèse; on a voulu protéger la défense; or, dès que le procès est engagé, le ministère public a son attention éveillée; il peut examiner l'affaire, et, s'il y a lieu, requérir l'application de la loi ; alors, on retombe dans la précédente hypothèse (Cassation, 1837 ; Demante, t. I, n° 299 : Valette, *Explications sommaires*, p. 23).

Bien entendu, quand la partie civile agit devant les tribunaux civils contre une femme mariée coupable d'un délit, celle-ci a besoin de l'autorisation marit le.

§ 2.

Quand une femme veut former contre son mari une demande en séparation de biens, elle doit obtenir du président du tribunal une autorisation préalable : pour cela, elle lui adresse une requête ; le président ne peut refuser l'autorisation, mais a droit de faire les observations qui lui paraissent convenables. Cette requête est adressée sans autorisation du mari (art. 865, Cod. Proc. civ.).

Quand un époux, dans l'espèce la femme, veut se pourvoir en séparation de corps contre son conjoint, il est tenu de présenter au président du tribunal une requête contenant sommairement les faits. Cette requête est aussi valablement adressée par la femme, sans autorisation.

Notons que, dans ces deux cas, l'autorisation de plaider est accordée, non par le tribunal tout

entier, mais par le président du tribunal seulement (art. 865 et 878 Cod. Proc. civ.).

SECTION II

ACTES EXTRAJUDICIAIRES

Si la femme ne s'est réservé par contrat de mariage l'administration de tout ou partie de ses biens, tout acte par lequel elle disposerait même de ses revenus, est attaquable à défaut d'autorisation.

En effet, l'article topique, à ce point de vue, c'est l'art. 217, ainsi conçu : « La femme même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. »

Or, presque tous les actes de la vie civile peuvent se réduire à quatre :

1° Aliéner ;

2° Acquérir ;

3° Devenir créancier ;

4° Devenir débiteur ;

A titre onéreux ou gratuit.

1° *Aliéner* (art. 227). — Il s'agit ici de l'aliénation directe par laquelle on fait sortir de son patrimoine pour transmettre à autrui tel bien mobilier ou immobilier, corporel ou incorporel. Toute aliénation, à quelque titre que ce soit, gratuit ou onéreux, est interdite à la femme sans l'autorisation de son mari (art. 217). Il n'importe qu'elle ait

aliéné la propriété ou ses démembrements. C'est ainsi que la prohibition d'aliéner entraîne celle d'hypothéquer ses immeubles, de les grever de servitudes, d'abandonner à un tiers l'usufruit.

2° *Acquérir.* — La femme, non autorisée, peut-elle acquérir à titre onéreux? Non. Du reste, l'article 217 ne le dirait-il pas, que nous devrions répondre ainsi ; car, pour acquérir à titre onéreux, elle devrait d'abord aliéner : ce qui lui est défendu. Aucune difficulté ne peut même s'élever sur la question de savoir si la femme peut acquérir à titre gratuit, sans autorisation. Les art. 217 et 934 répondent négativement : on en donne pour raison que les bonnes mœurs sont intéressées à ce qu'un mari connaisse la cause des libéralités qu'on veut faire à sa femme : *ne turpem quæstum faciat.*

3° *Devenir créancier.* — Quand on devient créancier, on acquiert un droit. Si c'est à titre gratuit, c'est une donation ou un legs qu'on reçoit ; or, nous venons de voir pourquoi la loi défend à la femme de recevoir des libéralités sans contrôle de son mari. Si la créance est acquise à titre onéreux, il a fallu auparavant aliéner : or, l'aliénation est prohibée. Donc, nous pouvons dire avec assurance que la femme non autorisée ne peut devenir créancière ni à titre onéreux, ni à titre gratuit.

4° *Devenir débiteur.* — On devient débiteur par contrat, par délit, par quasi-contrat, par quasi-délit et aussi par la loi. Et, d'abord, la femme

mariée peut-elle sans autorisation contracter une obligation personnelle ?

L'incapacité de s'obliger ne ressort pas expressément de l'art. 217, mais elle y est contenue virtuellement. Celui qui s'oblige est, en effet, tenu sur tous ses biens présents et à venir ; or, pour conférer à des créanciers le droit de faire vendre ses biens, il faut avoir soi-même ce droit. La femme ne peut ainsi contracter une obligation, pas plus qu'elle ne peut aliéner.

Nous réservons la question de savoir si la même solution doit être donnée à l'égard de la femme, séparée de biens.

Disons de suite que l'épouse est obligée par la loi ; ainsi, dans la gestion provisoire de la tutelle de l'art. 394. Car, qui veut la fin veut les moyens. La loi qui impose elle-même une obligation à la femme doit la rendre capable à cet effet.

Elle est également obligée par son délit (art. 1382) et son quasi-délit (art. 1382, 1310, 1424). Ce que l'on veut atteindre, ce sont les actes licites, mais volontaires chez la femme, et que les tiers auraient pu ne pas faire avec elle.

S'oblige-t-elle par quasi-contrat ?

On a soutenu que le principe de l'autorisation était exclusivement relatif aux obligations conventionnelles. Les textes sont conformes à cette idée ; ce sont l'art. 217, qui suppose un *acte*, auquel le mari concourt, l'art. 219, qui emploie la même expression, passer un *acte*, les art. 221,

222, 224, où se trouve même le mot *contracter*, enfin l'art. 1124, qui déclare la femme incapable seulement de *contracter*.

Comment, dit-on, faire dépendre de la capacité des personnes un engagement, qui n'a point son origine dans leur volonté ? Si, par un motif d'ordre public, d'intérêt général un tiers a agi pour la femme, la loi impose à celle-ci un engagement sans examiner son degré de capacité. Ainsi, cette obligation dérive de la loi et ne dépend pas de la capacité des parties. Adopter une décision contraire serait nuire aux tiers ; qu'une personne capable ne puisse opposer l'incapacité de la femme mariée, avec qui elle a contracté, on le comprend fort bien : elle a consenti à ce contrat ; tant pis pour elle si elle en souffre par la suite ; mais voilà qu'un tiers acquiert une créance contre une femme mariée, cela sans son fait, allez-vous le rendre victime d'une incapacité dont il n'a pu se garantir ?

La femme peut s'obliger par ses délits et ses quasi-délits, tous les auteurs sont d'accord à ce sujet : pourquoi donner une solution différente quant aux quasi-contrats ? (Toullier, II, n° 627 : Valette sur Proudhon, I, p. 463.)

Nous ne pensons pas que les textes aient l'importance et la portée qu'on leur attribue : le Code en effet ne défend pas seulement les contrats, il interdit à la femme toute aliénation, toute acquisition ; ainsi, lorsque la femme par son fait, aliène,

acquiert ou s'oblige, elle est soumise à la néces sité de l'autorisation (art. 217). La loi a voulu protéger les intérêts matrimoniaux par l'unité dans la gestion, et aussi, et surtout, en empêchant la femme d'accomplir seule un acte qui pût la compromettre. Toutes les fois que la femme agit, il faut donc appliquer les mesures de précaution contenues dans le Code ; mais il en est autrement, lorsqu'il n'y a pas fait personnel de la femme ; alors, le but de la loi n'est plus à atteindre ; il n'y a plus besoin de restreindre sa capacité, puisqu'elle se trouvera obligée indépendamment de sa volonté.

Nous croyons qu'il faut distinguer si le contrat résulte du propre fait de la femme, ou s'il résulte du fait d'un autre. Dans le premier cas, la femme n'est tenue qu'autant qu'elle a été autorisée ; dans le second, elle est toujours obligée.

Pour rendre plus claire notre pensée, nous allons prendre pour exemple le quasi-contrat le plus fréquent, une gestion d'affaires.

Première hypothèse. — La femme sans l'adhésion de son mari a géré l'affaire de Primus.

Elle ne sera nullement tenue ni envers les tiers avec qui elle a contracté pour cette gestion, et qui n'auront que l'action *de in rem verso* pour recourir contre Primus, ni même envers le maître ; car il y a de sa part un fait personnel, qui la soumet à l'art. 217. Bien entendu, s'il était démontré que la gestion dont elle s'est chargée a été imprudem-

ment conduite, il en serait autrement ; il y aurait alors faute de la femme, c'est-à-dire quasi-délit dont elle devrait réparation.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — Primus a géré les affaires de la femme.

Delvincourt (I, p. 75) et Duranton (II, n° 497) n'accordent action au gérant, que jusqu'à concurrence de ce dont elle aura profité de sa gestion.

L'action *de in rem verso* fondée sur cette règle, que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, et ainsi limitée à la mesure du profit dont la femme s'est enrichie effectivement, n'est pas celle qui convient à notre hypothèse. Il nous semble préférable de donner au gérant l'action *negotiorum gestorum* qui est fondée également sur la même règle, mais a aussi pour cause un office rendu, encore que le profit que le maître en a retiré ait été détruit plus tard par un cas fortuit.

ACTES QUE LA FEMME, SOUS TOUT RÉGIME, PEUT FAIRE SANS AUTORISATION

1° *Son testament.* (Art. 226 et 905.) — Dans l'ancien droit, les Coutumes exigeaient, en général, l'autorisation. Le Code en a décidé autrement, pour deux motifs : le premier est que le testament doit être l'œuvre exclusive du testateur et ne subir aucune influence étrangère ; le second est que le testament produit son effet, au décès seu-

lement, alors qu'il n'y a plus de mariage, ni de puissance maritale.

2° *Une révocation de testament.* — La révocation doit être aussi libre, aussi personnelle que le testament lui-même.

3° *La reconnaissance d'un enfant naturel, né avant mariage.* — En effet, c'eût été pour la mère un devoir souvent impossible à remplir, si son accomplissement avait été subordonnée à la volonté du mari. L'art. 337 confirme, du reste, cette solution, en décidant qu'une pareille reconnaissance ne pourra nuire au mari ni aux enfants nés du mariage.

4° Enfin, ajoutons que la femme est apte à prendre les mesures conservatoires de ses droits. C'est ainsi qu'il lui est parfaitement loisible de faire transcrire l'acte de célébration de mariage, lorsqu'elle s'est mariée à l'étranger (art. 371) ; transcrire une donation (art. 940); inscrire son hypothèque légale (art. 2139).

CHAPITRE III

DE L'AUTORISATION DU MARI ET DE SES FORMES

L'ancien droit distinguait entre l'autorisation d'ester en jugement et celle de contracter. Pour celle-ci seulement, la forme et l'expression elle-même étaient sacramentelles. Il fallait que le mari eût déclaré *autoriser* la femme. Pothier considé-

rait le mot *habiliter* comme le seul qui pût remplacer le mot *autoriser*. Cette exigence était celle de la plupart des coutumes.

Le Code a rationnellement abrogé cette distinction entre l'autorisation d'ester en jugement et celle de contracter. Elles n'ont plus rien de sacramentel ; il suffit que le mari ait consenti (article 217).

SECTION I

DE L'AUTORISATION TACITE ET EXPRESSE

Cependant l'art. 217 a donné lieu à une double difficulté. Voici, en effet, comment il s'exprime : la femme ne peut aliéner *sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit*.

Sans le concours du mari dans l'acte. — C'est l'autorisation tacite. Mais l'autorisation tacite peut-elle résulter d'une circonstance autre que le concours du mari ? De faits qui établiraient d'une manière non équivoque sa participation à cet acte et sa volonté de l'approuver ? Ainsi, le mari qui tire sur sa femme une lettre de change, l'autorise-t-il par là même à l'accepter ? La femme est-elle tacitement autorisée à ester en justice, lorsque le mari intente une action contre elle ? Cette question est vivement controversée.

La lettre du texte conduirait à la négative, et l'on peut l'expliquer en disant que le législateur

qui a innové a été timide dans son innovation, n'exigeant plus une autorisation sacramentelle; il a voulu au moins la soumettre à un mode de preuve certain, précis, exclusif de tout autre.

C'est bien ici le cas de dire : la lettre tue, l'esprit vivifie. Si le consentement peut être tacite, pourquoi ne résulterait-il que du concours du mari dans l'acte? Et pourquoi la conduite personnelle du mari ne suffirait-elle pas à l'établir? Si l'art. 217 ne parle que du concours du mari dans l'acte, c'est que cette circonstance est décisive et qu'il est possible d'avance d'y attacher une présomption légale d'autorisation. Ainsi, un arrêt de la Cour de Paris, du 9 juin 1857, décide qu'une femme mariée, séparée momentanément de son mari a reçu implicitement de son mari l'autorisation de contracter des obligations pour son logement dans les limites d'une sage administration.

Du reste, le consentement tacite du mari est suffisant lorsque la femme veut faire le commerce. Cela est admis sans difficulté dans la théorie et dans la jurisprudence.

Sans son consentement par écrit. — C'est l'autorisation expresse; mais ne pourrait-elle être verbale? L'affirmative me semble être inattaquable; le consentement, en effet, n'est soumis pour sa manifestation à aucune formalité extrinsèque.

On nous dira : vous ne tenez pas compte des termes de l'art. 217, *sans le consentement par*

écrit. C'est que ces mots n'ont pas le sens qu'on leur prête. Le but de l'article n'est pas d'exiger l'écriture *ad solemnitatem* comme pour la donation entre-vifs, le contrat de mariage, la constitution d'hypothèque. En effet, l'autorisation peut être tacite; l'article signifie seulement que la preuve testimoniale du consentement donné ne devrait pas être reçue, alors même qu'il s'agirait d'une valeur inférieure à 150 fr. Mais ce consentement est susceptible d'être prouvé par l'aveu du mari ou par le serment.

L'autorisation peut-elle être donnée par acte sous seing privé, même dans le cas où l'acte juridique que la femme se propose de passer est soumis pour sa validité à la forme authentique? Ainsi, l'autorisation par acte sous seing privé d'accepter une donation, d'emprunter sur hypothèque, est-elle valable?

Un arrêt de la Chambre des requêtes (1er décembre 1846, Sirey, 47, I, 289) a jugé que l'autorisation devait être donnée par acte authentique comme l'acte lui-même. Dans l'espèce, il s'agissait d'une donation. L'idée de l'arrêt était que l'autorisation constitue un des éléments du contrat.

Cette solution nous semble inexacte. L'autorisation maritale nous semble bien nécessaire pour compléter la capacité de la femme; elle est une des conditions de validité du contrat, mais on ne peut la considérer comme un des éléments de

forme de ce contrat ; l'art. 217 ne se contente-t-il pas du consentement par écrit ? Nous comprenons que l'on décide autrement quand il s'agit de la procuration; car le mandant est le véritable contractant; mais l'autorisation n'est qu'une condition de capacité personnelle.

SECTION II

SPÉCIALITÉ DE L'AUTORISATION MARITALE

Le mari qui autorise sa femme doit le faire après examen ; l'autorisation sera donc spéciale *in ipso actu*, afin qu'il soit bien certain que le mari sait quel acte la femme se dispose à accomplir.

Cette spécialité est expressément consacrée par l'art. 223. « Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme. »

Cet article semble dire que, dans un cas au moins, il serait possible que le mari donnât à sa femme une autorisation générale d'administrer. Or, ce cas est introuvable. En effet, l'autorisation générale peut porter sur l'administration ou sur la disposition des biens ; elle peut être donnée par contrat de mariage ou pendant le mariage. Supposons qu'elle porte sur l'administration des biens ; par contrat de mariage, elle est irrévocable, et son étendue varie suivant le régime matrimo-

nial. Mais à quoi bon ici une autorisation? La femme n'en a pas besoin; elle n'a qu'à se réserver le droit d'administration. Pendant le mariage, c'est un mandat révocable au gré du mari et qui n'oblige que le mandant. Supposons maintenant qu'elle porte sur la disposition des biens : donnée par contrat de mariage, elle est nulle ; la loi y voit une abdication de la puissance maritale (article 1388). Donnée pendant le mariage, elle est nulle encore pour le même motif (art. 1538).

En résumé, l'art. 223 prohibe toute convention par laquelle le mari donnerait à la femme l'autorisation générale de passer des actes qu'elle n'aurait pas le pouvoir de faire en vertu du droit d'administration qu'elle aurait conservé par le contrat de mariage ou repris à la suite d'une séparation judiciaire. (Aubry et Rau, t. V, p. 155.)

L'autorisation devra donc être spéciale ; reste la question de savoir ce qu'il faut entendre par ce mot.

Et d'abord, en ce qui concerne les actes judiciaires, la femme autorisée à plaider ne peut transiger ; car transiger, c'est le contraire de plaider. Pour le même motif, elle ne peut acquiescer, ni se désister, ni déférer le serment décisoire, qui est une offre de transaction. Mais elle aurait droit d'accepter un serment ou de faire un aveu ; car ces actes sont des moyens de preuve.

La femme autorisée à ester en jugement est-elle suffisamment autorisée à suivre tous les degrés

de juridiction, et à employer toutes les voies de recours dans l'affaire pour laquelle l'autorisation lui a été accordée ? Si elle a été autorisée dans des termes absolus et indéfinis à soutenir la lutte jusqu'au bout et par toutes les voies légales, rien ne s'oppose à ce que, après le procès-verbal de non-conciliation, elle ne puisse, sans nouvelle autorisation, plaider en première instance, de là en appel, et enfin devant la Cour de cassation ; car l'autorisation est spéciale pour l'instance dont il s'agit. (Poitiers, 11 mai 1825. — Cass., 2 août 1820.)

Mais, si elle a été donnée en termes généraux, par exemple pour soutenir tel procès, pour former telle demande ?

Les auteurs ne sont pas d'accord :

Une première opinion exige une autorisation nouvelle pour chaque degré de juridiction. Il peut être utile d'examiner et de délibérer sur le point de savoir s'il convient encore de soutenir le procès devant une juridiction supérieure et différente ; donc, le mari doit être consulté.

Une seconde opinion distingue :

Si la femme a perdu en première instance, elle a besoin d'une nouvelle autorisation pour aller en appel. Si elle a gagné en première instance, elle n'a pas besoin d'une nouvelle autorisation ; le procès était bon, il faut présumer l'autorisation. Du reste, il en est ainsi des communes. Elle ont besoin d'une autorisation nouvelle du conseil de

préfecture pour interjeter appel; elles n'en ont pas besoin pour défendre à l'appel interjeté contre elles.

Enfin, un troisième système distingue entre les voies ordinaires et les voies extraordinaires pour attaquer les jugements. L'autorisation habilite la femme à employer toutes les voies ordinaires, même comme demanderesse. Ainsi, elle peut former opposition, interjeter appel sans autorisation nouvelle; mais une autorisation est exigée pour les voies extraordinaires : la tierce opposition, la requête civile, la prise à partie; et, quoique la question soit plus délicate, pour le pourvoi en cassation. Ajoutons que l'autorisation habilite la femme pour tous les actes accessoires et pour toutes les suites de l'acte principal, auquel elle s'applique. Ainsi, la femme autorisée à poursuivre un partage, est par cela seul autorisée à toucher sa part dans le prix de la licitation (Poitiers, 28 février 1833); et la femme autorisée à provoquer une licitation, l'est aussi à provoquer une surenchère (cass., 20 juillet 1835).

Quant aux actes extrajudiciaires, il faut d'abord qu'ils soient déterminés quant à leur nature. Si le mari autorisait sa femme à faire, pendant son absence, tous les actes utiles ou nécessaires à la gestion de ses biens, évidemment l'autorisation serait générale et par conséquent nulle. Il faut donc tout au moins que la nature

des actes, donation, vente, acquisition, emprunt, soit spécifiée.

Et même cela est-il suffisant ? Si le mari avait autorisé sa femme à donner, vendre, acquérir, emprunter, l'autorisation en droit serait-elle spéciale ?

Exemple : ma femme pourra aliéner tel immeuble qu'elle possède à Paris, quand et comme elle le jugera à propos.

Cette autorisation, soit qu'elle se trouve insérée dans le contrat de mariage, soit qu'elle ait été accordée pendant le mariage, est-elle valable ?

Oui, disent MM. Duranton (t. II, p. 249) et Aubry et Rau (t. IV, p. 132), est valable l'autorisation concédée de la manière la plus large, soit quant à sa durée, soit quant aux autres conditions et circonstances, pourvu qu'elle ne porte que sur des immeubles déterminés. Ainsi, serait valable l'autorisation qui serait donnée d'aliéner *les immeubles situés dans telle localité, dans tel département ou dans les colonies.*

Qu'on lise les textes : l'art. 1538 n'annule que l'autorisation donnée à la femme d'aliéner ses immeubles, tous ses immeubles indistinctement, mais point l'autorisation limitée spéciale de vendre un ou certains meubles. Et les art. 1987 et 1988 ! L'acception qu'ils attribuent aux mots *spécial* et *général* tranche la question : on ne peut plus considérer comme générale l'autorisation qui ne

s'applique qu'à certains objets ou à certaines affaires seulement.

Le motif, le but principal de la loi a été de proscrire les autorisations illimitées qui rendraient la femme indépendante, en détruisant le pouvoir de l'époux. Eh ! bien, la femme deviendra-t-elle indépendante, parce que le mari l'aura simplement autorisée à aliéner certains biens? ...

Un mot encore : l'intérêt du ménage exige une solution uniforme à ce système, le mari va s'absenter, partir à l'étranger pour un assez long temps, n'est-il pas à souhaiter qu'avant son départ, il puisse autoriser sa femme à acquérir ou à aliéner tel immeuble selon les circonstances ou les événements? (Poitiers, 1823, et Chambéry, 1861.)

La jurisprudence et la plupart des auteurs ne reconnaissent comme suffisamment spéciale que l'autorisation donnée en vue d'un acte déterminé dont l'époque et les conditions seront soigneusement précisées.

En effet, ne pas vouloir limiter les conditions dans lesquelles se fera l'acte, n'en pas régler le mode, l'époque, c'est autoriser d'une manière générale; le mari n'a pas su ce qu'il faisait ; il a plutôt abdiqué qu'exercé son droit. Lorsque c'est la justice qui autorise, elle ne manque pas d'examiner les conditions, les clauses, les circonstances de l'affaire ; or, l'autorisation de justice ne fait que remplacer celle du mari ; il doit donc en être de même de l'autorisation consentie par celui-ci.

Quant à l'argument tiré de la définition des mots *spécial* et *général,* on peut répondre qu'ils ont certainement une signification identique à celle qu'ils avaient dans l'ancien droit.

« J'estime, dit Lebrun, que les autorisations doivent être *spéciales en chaque affaire et en chaque contrat.* » (*De la communauté,* II, chap. I, 8.)

« L'autorisation du mari, dit de son côté Pothier, doit être *spéciale pour tel ou tel acte.* » (Int. au tit. X, Cout. d'Orléans).

Ecoutez d'Aguesseau dans un de ses plaidoyers : « Il faut une autorisation expresse et spéciale *et ad rem quæ geritur accommodata.....* »

Telle était donc la signification, en quelque sorte consacrée des expressions *spécial* et *général.* Elle diffère, comme on le voit, du sens que présentent les mêmes expressions dans les articles 1987 et 1988.

Je donne un mandat à Paul d'aliéner tous mes immeubles. Voilà un mandat *spécial* d'après l'art. 1987.

Mais, si j'autorise ma femme à aliéner ses immeubles, sera-ce valable ? Non, certainement ; car cette autorisation est expressément interdite par l'art. 1538. Donc, c'est à tort que l'on veut transporter dans notre matière la signification et la portée des mots *spécial* et *général* des art. 1987 et 1988 : ce qui constitue un mandat *spécial* d'après ces articles serait une autorisation *générale* d'après les articles 223 et 1538.

Enfin, les inconvénients qu'on reproche à cette doctrine ne sont pas si considérables. Le mari part en voyage ; surviennent des événements inattendus, des revers de fortune subits, que faire ? La justice est là toujours disposée à venir en aide à la femme, si la nécessité en est reconnue ; ce sera d'elle que viendra l'autorisation (Metz, 1850, Cass., 1853 et 1862, Proudhon, I, p. 465, Demante, I, n° 306 *bis*).

Ainsi, si l'on adopte cette opinion, l'autorisation s'appliquera à un certain acte, parfaitement défini et spécifié dont l'époque d'exécution et les conditions seront fixées.

Une hypothèse fort délicate s'offre maintenant à notre examen, et fournit une occasion d'appliquer d'une façon fort originale le principe de la spécialité de l'autorisation.

Voici cette hypothèse : Une femme donne à son mari un mandat général d'aliéner, d'emprunter, etc... : elle n'a nullement déterminé les biens à vendre ou les sommes à emprunter, ni le délai dans lequel le mandat serait exécuté. Ensuite le mari fait affaires avec des tiers en vertu du susdit mandat ; on se demande si ces tiers sont bien à l'abri de tout danger ; leur contrat est-il valable ? la femme a-t-elle été représentée et est-elle engagée ?

Oui, dira-t-on, ce mandat donné par la femme à son mari est valable (art. 1987 et 1988) ; la procuration étant spéciale, l'autorisation le sera aussi ;

car l'une n'est pas distincte de l'autre ; du reste, le mari, en effectuant chacun des actes donne par cela même une autorisation spéciale. L'autorisation est spéciale, le mandat valable : que voulez-vous de plus ?...

Ces arguments sont spécieux. Nous avons déjà démontré qu'il ne fallait pas assimiler la spécialité du mandat à la spécialité de l'autorisation ; de ce que le mandat n'est pas général, il ne s'ensuit pas que l'autorisation soit spéciale. Le mari, en effet, en autorisant sa femme à lui donner le mandat dont il est question, n'a pas eu pour but certain, un acte particulier ; il a voulu obtenir les pouvoirs les plus étendus, la liberté d'agir selon son caprice. L'autorisation est donc générale, et en exécutant successivement chaque acte le mari ne peut la valider. C'est une erreur que de soutenir que le mari en accomplissant son mandat habilitera ainsi sa femme, et que l'autorisation ainsi se spécialisera. Le mari, prétendez-vous, autorise sa femme dans chacun des actes qu'il fait pour elle d'après son mandat. Mais, pour qu'il l'autorise, il faut d'abord le consentement de la femme ; or, nous n'admettons pas que ce consentement soit valable lorsqu'il a été donné par une procuration consentie en vertu d'une autorisation générale; par conséquent, l'autorisation subséquente du mari ne s'applique à rien ; elle tombe dans le néant, puisqu'il n'y a plus de

consentement de la part de sa femme. (Amiens, 1839, Cassation, 1853.)

La règle générale de la spécialité de l'autorisation souffre une exception dans le cas de la femme mariée commerçante.

« La femme, si elle est marchande publique, « nous dit l'art. 220, peut, sans l'autorisation de « son mari, s'obliger pour ce qui concerne son « négoce ; et, audit cas, elle oblige aussi son « mari, s'il y a communauté entre eux. Elle n'est « pas réputée marchande publique, si elle ne fait « que détailler les marchandises du commerce de « son mari, mais seulement quand elle fait un « commerce séparé. »

On se tromperait, en croyant, d'après ce texte, qu'il y a dérogation à l'art. 217 ; il n'en est rien. La femme doit obtenir le consentement de son époux pour faire le commerce ; ce n'est donc pas de l'autorisation qu'elle est dispensée, c'est seulement de la *spécialité* de l'autorisation.

La femme n'est marchande publique qu'à la condition d'avoir un commerce propre, distinct de celui de son mari ; lorsque celui-ci est commerçant, quoique la femme détaille les marchandises, s'occupe des affaires, en définitive, elle ne joue qu'un rôle secondaire, elle est dame de magasin, et le mari seul est en scène. La conséquence à tirer de notre observation est importante ; la femme n'étant ainsi que l'auxiliaire du mari, ne peut être déclarée en faillite.

Cette capacité de la marchande publique est fort ancienne : on la rencontre déjà dans les *Etablissements de saint Louis* (1, ch. 47) ; de tout temps, en effet, cette exception à la règle de la spécialité de l'autorisation maritale, avait été nécessaire à la célérité des affaires commerciales.

SECTION III

QUAND DOIT ÊTRE DONNÉE L'AUTORISATION ?

L'autorisation peut être donnée : 1° avant l'affaire que la femme se propose de conclure ; 2° dans l'acte même pour lequel la femme en a besoin.

Mais après ?

Remarquons que la question est importante par ses conséquences : La ratification détruit l'action en nullité du mari, mais laisse subsister celle de la femme. Ici, il n'y aurait pas de ratification ; l'autorisation aurait un effet plus radical, elle rendrait valable *ab initio* l'acte de la femme, et l'action en nullité n'aurait jamais pris naissance. Eh ! bien, cette autorisation après coup est-elle licite ?

De grands jurisconsultes se sont prononcés pour l'affirmative. C'était la doctrine de l'ancien droit, même dans les coutumes où la formule de l'autorisation était sacramentelle. Et cette doctrine, dit-on, est logique ; car, *cessante causâ*,

cessat effectus. Que manquait-il à l'acte de la femme pour être parfaitement valable? L'autorisation du mari ; or, elle est donnée.

L'art. 183 fait une application de ces principes. Le mineur, qui s'est marié sans le consentement de ses ascendants ou de sa famille, peut demander la nullité du mariage ; si les ascendants ou la famille ratifient, l'enfant perd son droit de nullité.

Malgré les excellentes raisons de ce système, nous ne pouvons pas y souscrire. En effet, dès que la loi m'accorde un droit, je n'en puis être privé sans mon aveu et par le fait d'autrui. La femme a une action en nullité, indépendante de celle du mari (art. 225 et 1125). C'est un bien dans son patrimoine ; le mari ne peut l'en exproprier. Il est vrai que le consentement du mari manquait seul à la validité de l'acte ; l'argument aurait une valeur irrésistible, si l'on prouvait que l'incapacité de la femme mariée reposait uniquement sur l'intérêt du mari. Mais nous avons vu *suprà* qu'il n'en était point ainsi.

Quant à l'art. 183, il constitue une exception aux principes généraux expressément écrite dans la loi, et par faveur toute spéciale pour le mariage, dont les nullités troublent les familles et la société.

Enfin, l'art. 1304 déclare que l'action en nullité est prescrite par dix ans, délai qui court contre la femme seulement du jour de la dissolution du mariage ; contre le mari, à notre sens et conformément aux principes généraux, du jour où il a

connu l'acte. Or, la prescription contre l'action du mari est une ratification tacite, dont l'effet est le même que celui d'une ratification expresse. Nous savons que cette ratification tacite ne détruit pas l'action de la femme ; autrement, l'art. 1304 qui accorde à la femme un délai de dix ans à partir de la dissolution du mariage pour intenter l'action en nullité, serait ouvertement violé. Nous devons donc en dire autant de la ratification expresse (Cassation, 1839, Paris, 1859, Duranton, II, n° 517).

Ainsi, en résumé, l'autorisation peut précéder le contrat fait par la femme ou lui être concomitante. Si elle le suit, elle fait perdre au mari seul l'action en nullité.

CHAPITRE IV

DE L'AUTORISATION DE JUSTICE

Si le mari refuse injustement ou se trouve dans l'impossibilité de donner son consentement, c'est à la justice que la femme doit s'adresser (art. 218, 219, 221, 222, 224). La justice n'a donc à intervenir qu'à défaut du mari.

« Comme il n'y a, dit M. Portalis, aucun pouvoir particulier, qui ne soit soumis à la puissance publique, le magistrat intervient pour réprimer les refus injustes du mari et *pour réta-*

blir toutes choses dans l'état légitime » (Locré, *Législation*, t. IV).

L'autorisation de justice remplace celle du mari dans deux cas : 1° lorsque celui-ci refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement (art. 218) ou passer un acte (art. 219) ; 2° lorsqu'il est dans l'impossibilité d'accorder à sa femme l'autorisation (art. 221, 222, 224).

SECTION I

EN CAS DE REFUS DU MARI

Il faut supposer un refus injuste. C'est pour ce motif que la femme doit d'abord lui faire sommation ; sur le refus par lui fait, adresser requête au président, qui rend une ordonnance portant permission de citer le mari, à jour indiqué en la chambre du conseil, pour déduire les causes de son refus (art. 861, Proc. civ.) ; et, le mari entendu ou faute par lui de se présenter, il est rendu sur les conclusions du ministère public (art. 83 et 862, Proc. civ.) jugement, qui statue sur la demande, en audience publique.

Cette procédure ne résulte des textes que pour la demande d'ester en jugement (art. 218, Cod. civ., et 861, 862, Proc. civ.). La procédure de la demande de passer un acte semblerait différer un peu (art. 219, Cod. civ.). On tombe généralement d'accord, cependant, pour décider qu'elle est la même.

Lorsqu'il s'agit de l'obligation de plaider et que la femme est défenderesse, le demandeur, nous l'avons dit plus haut, doit assigner la femme, et en même temps le mari. Si celui-ci refuse, le demandeur prend des conclusions pour que la femme soit autorisée ; le tribunal prononce sur ce chef par le dispositif du jugement qui statue sur la demande principale.

SECTION II

2° EN CAS D'IMPUISSANCE DU MARI.

Nous supposons que le mari est dans l'impossibilité physique ou légale de donner l'autorisation.

Ces cas d'impossibilité sont :

1° La condamnation portant peine afflictive ou infamante (art. 221).

2° L'absence du mari (art. 222, C. civ. et 863, Proc. civ.).

3° Son interdiction (art. 222).

4° La minorité (art. 224).

1° *Condamnation emportant peine afflictive ou infamante.* — Le droit d'autorisation maritale est donc considéré comme un droit civique et honorifique. Le mari, quoique condamné seulement par contumace, en est privé pendant la durée de la peine (art. 221).

Les condamnations emportant peine afflictive ou infamante sont dans l'ordre des peines de

droit commun ; la mort, les travaux forcés à perpétuité et à temps, la réclusion ; dans l'ordre des peines politiques, la déportation dans une enceinte fortifiée ou simple, la détention, le bannissement et la dégradation civique (art. 7 et 8, C. pro.).

Aux termes de l'art. 221, la déchéance du droit d'autorisation n'est encourue par le mari que *pendant la durée de la peine*. Sur ces derniers mots une difficulté s'est élevée.

La peine principale ou accessoire de la dégradation civique fait-elle perdre à l'époux son pouvoir d'autorisation ?

Rappelons que la dégradation civique est la privation, à titre de peine, de tous les droits politiques, de plusieurs droits publics et de *certains* droits de famille.

MM. Delvincourt, Massé et Vergé enseignent l'affirmative : toute peine infamante a cet effet ; et la dégradation civique est une peine infamante. Partant de là, ces auteurs concluent que l'incapacité d'autoriser durera pendant toute la vie du condamné, sauf le cas de réhabilitation, qui fait cesser l'infamie (art. 634 C. inst. crim.).

Nous croyons devoir repousser ce système rigoureux et voici pourquoi.

L'art. 34 du Code pénal ne comprend pas cette déchéance dans l'énumération de celles qu'entraîne la dégradation civique.

Ensuite des termes mêmes de la loi *pendant la*

durée de la peine, il résulte que l'incapacité du mari aura une *durée limitée ;* or, si cette incapacité découlait de la dégradation civique, elle serait *perpétuelle;* car la dégradation civique dure à perpétuité (sauf le cas excessivement rare de la réhabilitation). Ces mots *pendant la durée de la peine* doivent donc s'entendre de la peine principale, sans quoi ils n'auraient pas de sens ; ainsi, les condamnés aux travaux forcés à temps, à la détention, à la réclusion, qui entraînent *à perpétuité* la dégradation civique (art. 28, Code pénal) seraient privés de leur pouvoir d'autorisation, même après avoir subi leur peine : le texte de l'art. 221 serait donc violé (Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 378, Demante, t. I. n° 304 *bis*, Valette sur Proudhon, t. I, p. 470).

Nous déciderons donc que le condamné à la peine principale de la dégradation n'est pas dépouillé du pouvoir d'autoriser sa femme, que le condamné à la dégradation civique accessoire n'est privé de son pouvoir que pendant la durée de la peine principale.

Quant au condamné par contumace, il est déchu du droit d'autorisation non point pendant la durée de la peine, mais pendant la durée de la contumace, c'est-à-dire jusqu'à la prescription de la peine.

2° *Absence du mari* (art. 222, C. civ., et 863, Proc. civ.). — Si l'absence est présumée ou déclarée, pas de difficulté, la femme adresse requête au

Président du tribunal, qui ordonne la communication au ministère public, et commet un juge pour faire son rapport au jour indiqué. En cas de non-présence, c'est-à-dire quand le mari est éloigné, mais certainement vivant, la justice peut-elle autoriser la femme ? Les articles 222 et 863, cités plus haut, ne visent pas cette hypothèse, et des auteurs soutiennent que la femme doit attendre le retour de son mari ou lui demander son autorisation par lettre.

D'autres soutiennent, conformément à la doctrine de Pothier, qu'en cas d'urgence la justice peut autoriser la femme. C'est à cette dernière opinion que nous croyons devoir nous ranger.

3° *Interdiction du mari* (art. 222, C. civ., 864, Proc. civ.). — Deux hypothèses peuvent se présenter.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE

La femme a été nommée tutrice : elle agit en cette qualité relativement aux biens du mari et de la communauté, et n'est soumise à l'autorisation de justice que dans la mesure où un tuteur ordinaire s'y trouve soumis. Quant à ses biens personnels, si, d'après les conventions matrimoniales, le mari en avait l'administration et la jouissance, la femme aura cette administration et cette jouissance pour le compte de son mari et en son nom. Si l'administration et la jouissance appartenaient à la femme, la femme évidemment les

conserve. Mais, quant à la nue-propriété de ses propres, aux termes de l'art. 222 la femme, pour en disposer, doit obtenir l'autorisation de la justice.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE

La femme n'a pas été nommée tutrice.

La gestion des biens du mari et de la communauté appartient au tuteur, ainsi que l'administration des biens personnels de la femme si elle n'en avait pas l'administration. Pour plaider et pour faire tous actes qu'elle n'aurait pu faire sans le consentement du mari, elle recourra à la permission de justice. La procédure de la demande en autorisation est la même qu'au cas d'absence du mari (art. 864, Proc. civ.) : seulement à sa requête la femme doit joindre le jugement d'interdiction.

Au mari interdit nous pensons qu'il y a lieu d'assimiler le mari placé dans un établissement d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838, en ce sens que la femme, pour ester en justice ou contracter, a besoin de l'autorisation du tribunal.

Mais le pourvu d'un conseil judiciaire peut-il autoriser sa femme ?

Nous supposons qu'il s'agit des actes qu'il n'a pas qualité pour faire lui-même sans l'assistance de son conseil ; car il n'a été frappé d'aucune incapacité pour les actes qu'il peut faire seul. M. Duranton enseigne que le mari peut accorder

l'autorisation sans l'assistance du Conseil. En effet, quelle est la règle ? C'est la capacité du mari d'autoriser les actes de la femme. Or, les articles 222, 499 et 513 ne lui ont pas enlevé cette capacité.

Une seconde opinion exige l'assistance du conseil dans l'autorisation que donne le pourvu, pour tous les actes que le pourvu ne pourrait pas faire seul lui-même. Il est capable d'autoriser sa femme sous la même condition à laquelle est soumise sa capacité personnelle (Paris, 27 août 1833). Nous pensons que telle est l'opinion à laquelle il est peut-être préférable de se rattacher.

Enfin, dans un troisième système, c'est la justice qui doit accorder l'autorisation. L'art. 222 a compris sous le mot *interdit*, même l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. En effet, d'abord cette opinion est conforme à l'ancien droit, et de plus elle est d'accord avec la thèse générale du Code civil, d'après laquelle il y a lieu à l'autorisation de justice, quand le mari lui-même est incapable d'autoriser sa femme.

Si la femme elle-même était interdite, la question d'autorisation ne se présente plus ; car elle a pour tuteur son mari, qui exerce ses droits. Si, par exception, son tuteur était un étranger, on ne doit pas la soumettre à l'autorisation maritale.

4° *Minorité du mari* (art. 224). — Le mari ne peut habiliter sa femme à faire des actes qu'il est incapable de faire lui-même. C'est une dé-

rogation à l'ancien droit, où le mari même mineur autorisait légalement sa femme. L'innovation serait un argument assez plausible pour dire que l'autorisation maritale n'est pas une conséquence seulement de la puissance maritale, mais aussi de l'incapacité naturelle de la femme. Aussi, toutes les fois qu'il s'agira d'actes de disposition, la femme devra recourir à l'autorisation de justice.

Mais le mineur est émancipé de plein droit par le mariage (art. 476). Ne peut-il, dans ce cas, autoriser sa femme à faire les actes qui rentrent dans les limites de sa capacité? La femme, par exemple, a conservé, en vertu de son contrat de mariage, l'administration de ses biens; elle ne peut seule intenter une action mobilière ou y défendre. Le mari l'autorisera-t-il valablement?

On est d'accord pour décider l'affirmative.

La femme mariée mineure est émancipée (article 1476) et a pour curateur son mari majeur (article 2208); celui-ci donc autorise sa femme comme mari et, de plus, l'assiste comme curateur dans tous les actes où cette assistance est nécessaire au mineur émancipé. Et, quant aux actes pour lesquels l'assistance du curateur ne suffit pas au mineur émancipé, il faut suivre alors la forme ordinaire, et recourir selon les cas, à l'autorisation du conseil de famille et à l'homologation du tribunal.

Si le mari majeur refuse ou se trouve dans l'im-

possibilité physique ou légale de manifester sa volonté, le tribunal doit nommer pour chaque acte un curateur *ad hoc* (art. 2208). Cette dernière solution est applicable à l'hypothèse où le mari est mineur. Telle était aussi la doctrine admise dans la plupart de nos anciennes coutumes.

En cas d'absence, d'interdiction et de minorité du mari, la marche à suivre pour obtenir l'autorisation diffère de la marche à suivre au cas de refus :

1° Pas de sommation au mari ; inutile de le citer en la chambre du Conseil.

2° Il doit être commis un juge pour faire un rapport sur la requête de la femme.

SECTION III

CAS OU L'ON SE DEMANDE SI L'AUTORISATION DE JUSTICE NE DOIT PAS FORCÉMENT REMPLACER CELLE DU MARI

La question se pose :

1° Lorsque la femme contracte avec un tiers dans l'intérêt du mari ;

2° Lorsque la femme contracte avec son mari,

PREMIÈRE HYPOTHÈSE

Dans les années qui suivirent la promulgation du Code, on a prétendu que la femme n'avait qualité pour s'obliger, dans l'intérêt de son mari, même envers un tiers qu'avec l'autorisation de justice. On disait : *Nemo potest auctor esse in rem suam*. Le protecteur ne protége pas impartia-

lement, quand il est personnellement intéressé, maxime très-ancienne et qui a été consacrée par l'art. 1427, aux termes duquel la femme ne peut s'obliger ni engager les biens de la communauté, même pour tirer son mari de prison ou pour l'établissement de ses enfants communs, en cas d'absence du mari, qu'après avoir été autorisée de justice.

Cette opinion est généralement abandonnée et avec juste raison, nous allons le voir. En effet, la maxime *nemo potest auctor esse in rem suam* n'est pas vraie en ce qui concerne le mari ; quant à l'art. 1427, il faut chercher son explication naturelle dans l'article qui précède. La femme qui s'oblige, autorisée de justice seulement, n'oblige qu'elle-même, dit l'art. 1426 ; elle n'oblige ni la communauté ni le mari. Dans deux cas exceptionnels, elle obligera la communauté et le mari : 1° pour tirer le mari de prison, et 2° en cas d'absence du mari pour l'établissement des enfants communs. Voilà le sens de l'art. 1427.

Et cette explication se justifie par un grand nombre de textes. Les articles 218, 219 et suivants déterminent les hypothèses, où il y a lieu à l'autorisation de justice, et ne comprennent pas celle de la femme qui s'oblige envers un tiers dans l'intérêt du mari. Les art. 1419 et 1431 supposent en toutes lettres que la femme s'est valablement obligée avec le consentement du mari dans son intérêt, et donne caution.

Donc, autorisée du mari, sans aucune intervention de justice, la femme a droit de contracter un engagement principal envers un tiers dans l'intérêt de son époux, un engagement solidaire avec celui-ci et dans le même intérêt; le cautionner, consentir au profit d'un créancier de son mari la cession ou la restriction de son hypothèque légale.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE

Avant de savoir si le mari peut autoriser sa femme à contracter avec lui se pose une question préalable : les contrats entre époux sont-ils permis ?

A Rome, les contrats à titre onéreux l'étaient, en thèse générale du moins : ainsi, la vente, le prêt à usage (L. 7, § 6, *De donat. inter virum et uxorem*, au Digeste), le dépôt, le mandat (L. 9, § 3, Dig., *In fine de jure dotium*), etc. Ils étaient permis à une condition, c'est que les contractants n'éludassent point la règle de la prohibition des donations entre époux.

Les coutumes, en majorité, défendaient tous les contrats entre les époux : « Gens mariés ne peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou concessions par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre, en tout ou en partie. » (Coutume de Normandie, art. 410.)

« Gens mariés, constant leur mariage, ne peu-

vent contracter au profit l'un de l'autre. » (Cout. de Nivernais, ch. XXIII, art. 27.) « Le mari, devant le mariage, ne peut faire aucune association, donation ou autre contrat avec sa femme. » (Cout. du Bourbonnais, ch. X, art. 226.)

Après la séparation de biens, cependant, « rien n'empêche, nous dit Lebrun, qu'un mari et une femme séparés contractent l'un avec l'autre, pourvu qu'ils ne se donnent ni directement ni indirectement. » (*De la Communauté*, t. II, ch. 1, sect. 3, n° 36.)

Notre législation a-t-elle confirmé l'ancien droit français ?

Une opinion soutient l'affirmative et se formule ainsi : En principe, les contrats entre époux sont défendus ; il répugne que l'on puisse être à la fois juge et partie ; quand on autorise, on est juge ; quand on traite, on est partie ; ce motif énoncé, à propos de la vente entre époux, est vrai pour tous les contrats.

Les contrats entre époux pourraient souvent masquer des libéralités irrévocables. Voilà pourquoi le législateur a interdit la vente entre époux. A plus forte raison, a-t-il interdit le contrat de rente perpétuelle ou viagère et le prêt avec ou sans intérêts, le plus suspect et le plus dangereux de tous les contrats.

Enfin, lorsque le Code a entendu permettre aux époux de contracter ensemble, il s'en est expliqué formellement. Ainsi, ils peuvent se faire récipro-

quement des donations révocables (art. 1096), une dation en paiement dans trois cas spéciaux (art. 1595) ; ils peuvent consentir à reconstituer la communauté, après la séparation de biens judiciaire (art. 1451) ; la femme peut donner procuration à son mari d'administrer les biens paraphernaux (art. 1577), etc.

Malgré la forte argumentation qui semble le soutenir, nous ne saurions adhérer à ce système. Le premier argument n'a pas l'ombre de valeur. La donation entre époux est expressément permise ; la restriction d'hypothèque, dans l'intérêt de la femme est aussi expressément permise. Ces actes et beaucoup d'autres, la femme les fait, autorisée de son mari ; est-ce que le mari n'est pas *auctor in rem suam*, c'est-à-dire juge et partie !

Le second argument a, suivant nous, un grand tort, c'est de présumer une fraude à la loi ; la fraude, en bonne argumentation, ne se présume jamais. La capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Donc, les époux seront capables de faire tous les actes qui ne leur sont pas interdits par la loi ; elle leur défend la vente, les dations en paiement, sauf dans trois exceptions (art. 1595), l'échange (art. 1707), les contrats constituant dérogation aux conventions matrimoniales (art. 1395) ou donations qu'on aurait voulu soustraire à la règle essentielle de révocabilité (art. 1096). Ces actes sont frappés de nullité, mais tous les autres sont valables. Aussi la Cour de Paris a jugé, avec

raison, selon nous, le 2 décembre 1820 (Oudet-Ducrozot, 1823, II, 170), que la femme mariée pouvait sans autorisation de justice, s'obliger valablement envers son mari pour cause de prêt; cet arrêt a été cassé, il est vrai, mais seulement pour défaut de motifs (Cass., 24 décembre 1822, Oudet-Ducrouzot, *Bulletin civil des arrêts de Cass.*, t. XXII, n° 108, p. 365).

Les contrats entre époux étant permis, qui autorisera la femme, le mari ou la justice? Suivant M. Duranton, ce serait la justice (t. II, n° 473). Son opinion trouve un appui dans divers arrêts de la jurisprudence, notamment un arrêt de la Cour de Paris, du 16 mars 1869. Le système contraire, dit-on, aurait pour effet de soumettre la fortune de la femme au bon plaisir du mari. On invoque l'éternelle règle *nemo potest auctor esse in rem suam*, et enfin l'application que fait la loi de ce système dans l'article 1558. Cet article vise plusieurs situations dans lesquelles la vente de l'immeuble dotal est permise et où il y a contrariété d'intérêt entre les époux. C'est la justice qui donne l'autorisation.

Nous ne croyons pas devoir nous ranger à cette opinion; le premier argument ne prouverait qu'une chose, c'est qu'il faudrait supprimer l'autorisation maritale.

Nous avons déjà dit que la règle *nemo potest* n'avait rien à faire dans la matière de l'incapacité de la femme mariée. Enfin, l'art. 1558 n'exclut pas

le moins du monde l'autorisation du mari ; il exige de plus l'autorisation de justice et certaines conditions de publicité pour arriver à l'aliénation du fonds dotal.

Il nous paraît donc certain, malgré toute la bizarrerie de ce système, que, dans notre hypothèse, c'est encore au mari qu'appartient le droit d'autoriser la femme.

SECTION IV

COMPÉTENCE

La compétence du tribunal varie suivant l'autorisation qu'il s'agit d'obtenir.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — La femme veut contracter ou plaider comme demanderesse.

Le tribunal compétent pour connaître de la demande en autorisation est assurément, si les époux ne sont pas séparés de corps, le tribunal de première instance du domicile commun (art. 219). Cet article ne désigne le tribunal que relativement à l'autorisation de contracter ; mais on s'accorde à étendre sa disposition au cas où la femme sollicite l'autorisation de plaider.

Mais si, la séparation de corps ayant été prononcée entre eux, la femme a son domicile dans son arrondissement distinct, ce n'est pas au tribunal du domicile du mari que la demande devra être portée, mais au tribunal de cet autre arrondissement ; « car, remarque M. Valette, le fond

de l'affaire n'est pas alors un procès entre les époux, mais un acte de juridiction *volontaire ou gracieuse*, sollicité par la femme; le mari n'y est appelé qu'incidemment et pour donner des explications. « (*Cours de Code civ.*, p. 251. — Paris, 1864 et 1865.)

Aucune difficulté, lorsque la femme plaide en première instance; alors, comme nous venons de le dire, elle portera sa demande devant le tribunal lui-même. Mais, lorsqu'elle plaidera en appel, *quid juris?*

Nous pensons qu'elle devra solliciter l'autorisation de la Cour. S'adresser au tribunal qui a jugé en première instance, et lui demander la permission de faire annuler sa décision, ce serait ridicule et surtout inconvenant : s'adresser à un autre tribunal de même rang, ce serait l'investir d'un droit de révision qu'il n'a pas; tels sont les motifs qui nous paraissent suffisants pour nous prononcer en faveur de la compétence de la Cour (Cassation, 1843; Besançon, 1864; Demolombe, t. IV, n° 262).

La même question se présente pour l'autorisation nécessaire à la femme qui se pourvoit en cassation. Là-dessus, la loi est muette : M. Carré (t. III, n° 3910) dit fort bien « qu'aucune disposition, soit du Code civil, soit du Code de procédure, n'a statué sur cet objet. »

Les mêmes arguments, dont nous venons de nous servir, nous amènent à cette conclusion que

la femme devra solliciter l'autorisation de la Cour suprême.

Néanmoins, la Cour de cassation (mai 1846) a déclaré valable l'autorisation donnée par le tribunal du domicile du mari; depuis, elle a sans réserve adopté cette opinion que les Cours d'appel ont suivie. (Bordeaux, 1849 et 1851. — Cassation, 1855 et 1856.)

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — La femme plaide comme défenderesse.

Comme le demandeur doit assigner en même temps que la femme, le tribunal compétent pour autoriser est celui devant qui l'affaire est portée.

CHAPITRE V

EFFETS DE L'AUTORISATION

Elle rend valables les actes de la femme, qui, autrement, eussent été nuls. A cet égard, du reste, il n'y a pas à distinguer entre l'autorisation du mari et celle de justice. La femme autorisée est aussi capable qu'une femme non mariée, et elle ne peut attaquer un acte juridique sous prétexte que l'autorisation, en vertu de laquelle elle l'a passé, lui a été accordée contrairement à ses intérêts. Soit qu'elle procède du mari, soit qu'elle procède de justice, l'autorisation n'est pas opposable au mari : *Qui auctor est non se obligat.* Son au-

torisation ne l'a pas rendu partie au contrat. Aussi n'est-il pas obligé envers les tiers avec lesquels sa femme a contracté ou plaidé. Cependant cette règle reçoit exception dans deux hypothèses :

1° Le mari commun est tenu, et avec lui la communauté des obligations que la femme a contractées avec son autorisation, à moins qu'il ne s'agisse de l'acceptation d'une succession purement immobilière, échue à la femme (art. 1413), ou de la vente de ses immeubles personnels, en cas d'éviction (arg. *a contrario* de l'art. 1432).

2° Le mari, sous un régime exclusif de la communauté, est obligé de souffrir l'exécution des engagements souscrits par sa femme avec son autorisation, même en ce qu'ils auraient de contraire à ses intérêts ; ainsi, il doit consentir à la délivrance de l'immeuble vendu par la femme autorisée de lui.

L'autorisation de justice, au contraire, n'oblige jamais le mari. Il n'y a pas lieu de distinguer si elle a été accordée sur son refus ou en raison de son incapacité. Nous avons vu cependant que cette règle souffre aussi exception dans les deux cas prévus par l'art. 1427.

Au point de vue de la révocation, on peut signaler une autre différence entre l'autorisation donnée par le mari, et celle donnée par la justice. La première est susceptible d'être révoquée, à la condition cependant que la révocation ne soit

point préjudiciable à la femme ni intempestive (art. 1869 et 1870, *arg. a simili*) : autrement, il se rendrait passible de dommages-intérêts. Il en est différemment de la seconde ; le mari n'a pas droit de la révoquer. Néanmoins, il serait quelquefois désirable que le mari en empêchât les effets, notamment si la justice avait autorisé la femme à faire le commerce. Dans l'opinion de M. Demolombe, le mari doit, pour arriver au retrait de l'autorisation judiciaire, suivre les mêmes formes imposées à la femme pour l'obtenir.

Disons, en passant, qu'à l'égard des tiers, la révocation n'a d'effet que pour l'avenir, et encore faut-il qu'ils en aient eu connaissance (art. 2008, 2009 *arg. d'analogie*). Le moyen le plus direct pour le mari serait alors d'envoyer un exploit d'huissier à celui qu'il croit sur le point de traiter avec sa femme. Si cette dernière est commerçante, l'affiche au tribunal et l'insertion dans les journaux ne manqueraient pas d'utilité.

CHAPITRE VI

EFFETS DU DÉFAUT D'AUTORISATION

La sanction de toutes les règles que nous avons exposées sur l'incapacité de la femme consiste dans la nullité des actes accomplis sans les formalités prescrites. Cette nullité est relative ; d'où :

1° Certaines personnes peuvent seules demander la nullité (art. 225 et 1125).

2° Elle est susceptible d'être couverte par ratification (art. 1338 et 1304).

SECTION I

QUI PEUT DEMANDER LA NULLITÉ ?

La femme, le mari ; les héritiers et les créanciers de la femme et du mari (art. 225) ; jamais les tiers qui ont contracté avec la femme non autorisée (art. 1125).

1° *La femme.*

Si elle s'est présentée à son co-contractant comme fille majeure ou comme veuve, elle peut néanmoins exercer son droit de nullité. Car la simple déclaration de capacité faite par un incapable, ne suffit pas pour effacer la nullité de ses actes (art. 1307).

Cette solution serait-elle encore vraie dans le cas où la femme aurait employé des manœuvres frauduleuses ? Ainsi, elle a produit un faux acte d'autorisation, un faux acte de décès de son mari. Ici, nous rencontrons non plus la simple déclaration de capacité dont parle l'art. 1307, mais le délit, dont parle l'art. 1382. Or, la femme est obligée par son délit à réparer le préjudice qu'elle a causé. La meilleure réparation serait le maintien de l'engagement. Aussi, dans cette hypothèse, serions-nous bien porté à lui refuser

l'action en nullité. Mais, bien entendu, le maintien de l'obligation ne peut pas porter atteinte aux droits du mari.

Appliquerons-nous la règle *error communis facit jus,* dans le cas où la femme mariée passe pour fille ou pour veuve, et que cette erreur règne dans le pays ? par exemple, si l'on a envoyé à la femme l'acte de décès de son mari militaire, que l'on croyait mort dans un combat et qui est vivant ? Nous inclinerions volontiers pour l'affirmative ; car il est bon que les tiers, qui ont traité avec la femme sur la foi de l'erreur commune, aient garantie et sécurité ; cette solution est d'utilité générale et d'ordre public. Tel était le principe de la loi *Barbarius Philippus* (3, *de off. præt.*). C'est ce que disent aussi Demolombe (t. IV, n° 333) et arrêt de Caen, 5 janvier 1844.

2° *Le mari.*

Comment expliquer son action en nullité ? Son patrimoine n'a pas souffert des actes de la femme ; car aucune obligation souscrite par elle sans autorisation maritale n'est exécutoire sur les biens personnels du mari.

La première raison donnée par les auteurs est que la puissance maritale a été méconnue.

La seconde que l'intérêt matrimonial a été lésé.

Voici comment nous comprenons cette action en nullité pour lésion de l'intérêt matrimonial.

Le mari, par exemple, n'a aucun bien ; la femme est millionnaire. Elle est, si l'on veut, séparée de biens, et d'après le contrat de mariage supporte seule les charges du mariage. Par des contrats faits sans autorisation, elle compromet et ruine son patrimoine. Evidemment, le mari a intérêt pour lui, pour les enfants, à l'annulation des actes de la femme. Aussi (art. 225) a-t-il le droit de la demander pendant le mariage.

Mais après le mariage?

Presque tous les auteurs lui refusent cette faculté. Quand la femme est morte, dit-on, il n'y a plus de puissance maritale, ni d'intérêt matrimonial ; la fortune personnelle du mari n'a pu être atteinte par des actes de la femme. Par conséquent, le mari n'a aucun intérêt à demander la nullité. Or, pas d'intérêt, pas d'action.

Nous reconnaissons que l'intérêt se présentera rarement : nous ne croyons pas cependant impossible de trouver des cas où il existe.

1° Continuant l'hypothèse de tout à l'heure, la femme est morte, laissant des enfants du mariage.

Le père a maintenant seul l'obligation de les nourrir et élever. Mais il est de principe qu'il n'y est tenu sur ses propres biens qu'à défaut de fortune suffisante des enfants. Il a donc intérêt à ce que cette fortune n'ait pas été diminuée ou détruite par les actes que sa femme a faits sans autorisation : donc il est recevable à en demander la nul-

lité. Ce droit, il l'aurait aussi à un autre titre, comme tuteur de ses enfants ; mais mieux vaut pour lui l'exercer en son propre nom ; car, d'abord, il est possible qu'il ne soit pas tuteur ; ensuite, en supposant qu'il le soit, agissant en son propre nom, il épargnera les lenteurs et les frais qu'entraîne tout procès soutenu au nom d'un pupille.

2° La femme a par contrat de mariage donné à son mari tous les biens qu'elle laisserait à son décès. Elle est morte avant lui. Mais, au cours du mariage, elle a aliéné désavantageusement, à titre onéreux et sans autorisation, tout ou partie de son patrimoine. Ces aliénations causent donc au mari, après la dissolution, un préjudice. Par conséquent, il a intérêt à demander la nullité.

3° La femme commune, au cours du mariage, a renoncé sans autorisation à une succession mobilière, qui lui était échue et qui devait tomber en communauté. Cette renonciation a lésé le mari : la succession était avantageuse. Dans notre opinion, le mari n'est pas fondé à accepter du chef de la femme. Il a donc intérêt à en demander l'annulation.

3° *Héritiers de la femme.*

La succession comprend l'universalité des droits et actions du défunt. L'action en nullité de la femme est une action comme une autre ; ses hé-

ritiers la trouvent dans son patrimoine. Donc, elle leur appartient (art. 724).

4° *Héritiers du mari.*

Pour justifier leur droit, on ne peut invoquer ni l'autorité maritale ni l'intérêt collectif du mariage auxquels les héritiers ne succèdent pas.

L'explication donnée par les auteurs est que les héritiers du mari pourront proposer la nullité, en tant qu'ils y auront un intérêt pécuniaire. Mais les cas où cet intérêt se présente pour les héritiers sont difficiles à trouver, comme ceux où il se présente pour le mari. En effet, si les actes faits par la femme non autorisée ne nuisent pas au mari, à plus forte raison ne nuisent-ils pas à ses héritiers. Nous pouvons cependant signaler les deux derniers cas dans lesquels nous avons cru voir un intérêt pécuniaire pour le mari à demander la nullité.

5° *Créanciers de la femme.*

Peuvent-ils exercer l'action en nullité du chef de leur débitrice, aux termes de l'art. 1166?

On a dit : c'est une action exclusivement attachée à la personne : la femme peut tenir à honneur d'exécuter ses engagements : question de conscience dont seule elle doit être juge. L'art. 225 confirme ce système; car il dispose en termes restrictifs que le mari, la femme ou leurs héritiers peuvent seuls demander la nullité.

Nous répondons que les droits attachés exclusivement à la personne sont l'exception, et que l'on n'y peut comprendre le droit de demander la nullité de l'acte fait par la femme non autorisée. La preuve, c'est que les héritiers de la femme et du mari ont qualité pour provoquer l'annulation (article 225). Du reste, la loi permet bien aux créanciers d'opposer la prescription du chef de leur débiteur (art. 2225).

Evidemment, si le fondement de l'autorisation maritale était uniquement l'obéissance due au mari, les créanciers de la femme n'auraient pas l'action en nullité ; mais elle n'appartiendrait pas non plus à la femme.

La caution de la femme non autorisée ne peut proposer la nullité de l'obligation qu'elle a garantie (art. 2012 et 2036).

6° *Créanciers du mari.*

Comme les créanciers de la femme et pour le même motif, ils ont l'action en nullité. Le droit d'annulation qui compète au mari peut reposer sur un droit rival, c'est vrai, et par cette raison bon nombre d'auteurs l'ont refusé à ses créanciers, comme exclusivement attaché à la personne. Mais les héritiers du mari peuvent s'en prévaloir ; nous avons vu que, dans beaucoup de cas, l'action en nullité a un intérêt pécuniaire ; il faut donc l'accorder aussi aux créanciers.

TIERS QUI ONT TRAITÉ AVEC LA FEMME NON AUTORISÉE

Le principe est qu'ils ne peuvent opposer à la femme son incapacité (art. 1125).

Dirons-nous, cependant, qu'ils sont entièrement à sa merci ? Qu'ils sont exposés à une ratification, alors qu'ils croient pouvoir compter sur une action en nullité, et à une action en nullité, alors qu'ils croient pouvoir compter sur une ratification ?

Et d'abord si, de la part du co-contractant, l'obligation n'a pas encore été exécutée, par exemple, s'il s'agit d'un acheteur qui a acquis l'immeuble de la femme non autorisée, et auquel la femme réclame le paiement du prix, on admet qu'il est fondé à refuser le paiement jusqu'à ce que la femme ait ratifié le contrat sous l'autorisation du mari (art. 1653, *arg. d'anal.*). Sa faute est déjà punie par l'engagement inégal qu'il a contracté. Quant au sort du contrat, il est à la merci de la femme et du mari ; mais il serait contraire à toute équité que le tiers ne pût prendre ses sûretés pour ce qui n'est pas encore irrévocablement accompli.

N'est-il pas possible d'aller plus loin, et de lui accorder le droit de tenir ce langage à la femme et à tous ceux qui peuvent demander la nullité? « Je suis à votre discrétion, l'art. 1125 ne le dit que trop ; je n'ai pas qualité pour faire annuler le

contrat, et vous avez qualité pour le faire. Mais je vous somme d'opter pour la validité ou pour la nullité dans un délai que le tribunal fixera. »

M. Demolombe (t. IV, nº 346) a essayé de rendre légale cette prétention du tiers, qui a traité avec la femme. Ses arguments sont d'équité pure. Il distingue deux hypothèses : la première est celle où l'action se trouve intentée après la dissolution du mariage contre la femme devenue libre ou contre ses représentants ; la seconde, celle où l'action est intentée pendant le mariage contre la femme et le mari mis en cause.

Première hypothèse. — Et d'abord, si la femme ou ses représentants avaient annoncé l'intention de demander la nullité du contrat, dans ce cas, et surtout s'il y avait eu de leur part provocation, jactance, nos anciens auteurs, dit M. Demolombe, donnaient à leur adversaire le droit de les forcer à opter, sinon de se voir imposer un perpétuel silence, et rien ne prouve que le Code ait entendu ne point suivre ces errements.

D'autre part, aux termes de l'art. 1435 « les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. » Or, ne peut-on pas soutenir avec raison que l'obligation pour la femme ou ses représentants, de se prononcer est une suite équitable de leur convention? On ne peut croire que la loi ait entendu conférer à la femme ou à ses

représentants la faculté de tenir en suspens, toujours et quand même pendant dix années la volonté des tiers.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — La même doctrine est plus hardie, puisqu'ici la femme est incapable de ratifier sans autorisation. Cependant, elle doit prévaloir encore dans le système de M. Demolombe; car les motifs d'intérêt général et de justice s'y rencontrent avec une énergie égale.

La théorie de M. Demolombe est une œuvre d'équité; mais, juridiquement, elle nous paraît insoutenable. Que demande le tiers qui a traité avec la femme? Une option, c'est-à-dire la nullité ou la validité de l'acte.

La nullité? Mais il n'a pas le droit de la provoquer (art. 225 et 1125).

La validité? Mais elle existe.

L'indécision de la situation ne saurait changer que par une prescription de dix ans, une ratification expresse ou une exécution volontaire (article 1338). L'inaction de la femme est son droit; on ne peut l'en priver par un moyen indirect.

SECTION II

QUI DOIT PROUVER L'EXISTENCE DE L'AUTORISATION?

A celui-là incombe le fardeau de la preuve, qui prétend qu'une dérogation au droit commun existe en sa faveur (art. 1315); or, le droit commun, c'est l'incapacité de la femme mariée; donc,

quoique demanderesse, elle n'a rien à prouver pour faire tomber son acte. Il suffit qu'elle établisse sa situation de femme mariée. C'est à l'adversaire de la femme qui oppose le défaut d'autorisation, de prouver qu'elle était autorisée (Paris, 2 janvier 1808).

Cette nullité est proposable par la femme en tout état de cause. Cependant il faut encore distinguer; s'agit-il d'un acte juridique fait par la femme non autorisée, la nullité proposable en première instance et en appel ne le serait pas pour la première fois devant la Cour de cassation; car, elle n'est pas d'ordre public (Cass., 4 avril 1855).

S'agit-il d'un jugement? La femme non autorisée peut en demander la cassation pour cause de non-autorisation; car le jugement rendu contre une femme non autorisée à ester en justice constitue par lui-même une violation directe de l'article 215.

SECTION III

RATIFICATION

1° *Expresse.*

Qui peut ratifier?

La femme autorisée du mari. La ratification faite par la femme seule pendant le mariage ne produit aucun effet. Celle faite par elle après le mariage n'est pas opposable aux représentants du mari.

Quant à ce dernier, nous avons décidé que la

confirmation par lui donnée à l'acte de sa femme non autorisée ne la prive pas du droit de demander la nullité.

Lorsqu'elle émane des deux conjoints, elle détruit par rapport à leurs créanciers respectifs, la nullité résultant du défaut d'autorisation, pourvu que la ratification soit antérieure à la demande en annulation formée par ces derniers et qu'elle n'ait point eu lieu en fraude de leurs droits.

2° *Tacite.*

Elle résulte du laps de temps.

Il faut distinguer entre les actes juridiques et les jugements. La nullité des actes juridiques faits par la femme sans autorisation se couvre par dix ans; le point de départ est la dissolution du mariage (art. 1304, 2e alinéa).

En effet, jusqu'à ce moment, la femme n'a pas le droit de ratifier sans l'autorisation du mari.

Pour le mari, c'est d'abord une question que de savoir si son action en nullité est prescriptible. Une opinion soutient la négative en se fondant sur ce qu'elle est une conséquence de la puissance maritale, qui est d'ordre public. Nous ne saurions y adhérer ; car la prescription, c'est la ratification tacite; or, la ratification tacite est mise par la loi sur le même rang que la ratification expresse, qui n'est pas contestée au mari. Le délai sera aussi de dix ans; mais quel en est le point de départ? Suivant les uns, c'est le jour de la dissolution du

mariage; suivant les autres le jour où le mari a connu l'acte. La première opinion est peut-être plus conforme au texte, qui ne distingue pas entre l'action du mari et celle de la femme. La seconde est plus conforme aux principes généraux; et elle est forcément celle des auteurs, qui enseignent que l'action en nullité du mari est prescriptible, mais cesse de lui appartenir après la dissolution du mariage.

Le délai est expiré et la nullité n'a pas été demandée; le tiers qui a traité avec la femme non autorisée, poursuit l'exécution de l'obligation. Le mari et la femme défendeurs peuvent-ils encore invoquer la nullité, en vertu de l'ancienne règle : « *Quæ temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum.* »

C'est la question de savoir si cette règle a été abrogée par nos lois.

On la concevait parfaitement en droit romain, où l'action de dol était annale; la partie victime du dol et qui n'avait pas exécuté ne pouvait par voie d'action demander la nullité.

Dans notre législation, elle se justifierait plus difficilement; le Code donne dix ans à l'incapable à partir du jour où il est en état d'invoquer la nullité; rien ne s'oppose à ce qu'il la provoque, alors que l'exécution n'est pas encore poursuivie par l'adversaire.

Il y a donc lieu de penser que le Code a aboli la règle : *quæ temporalia.* Nous reconnaissons que

la lettre du texte est contraire a notre solution : l'article 1304 ne parle que de l'*action en nullité*. Nous croyons cependant qu'il est fort raisonnable de traduire cette expression par une périphrase, et de lire *droit de faire prononcer la nullité*. En effet, les art. 1305 et suivants ne font que développer l'art. 1304. Or, il y est question du droit qu'ont les mineurs, les interdits, les femmes mariées de se faire *restituer* contre leurs engagements, et cela tout aussi bien en défendant qu'en demandant (art. 1305 à 1313).

Pour l'interdit, l'opinion que nous défendons est dangereuse, nous le reconnaissons encore ; car le délai de dix ans court contre lui du jour de la mainlevée du jugement, et il peut n'avoir pas eu connaissance des actes qu'il a faits auparavant. Mais parce que la loi est défectueuse, ce n'est pas une raison pour la tourner. Car, si l'on voulait s'armer de cet argument pour dire que l'interdit peut perpétuellement opposer la nullité de ses actes par voie d'exception, il faudrait dire aussi qu'il a le même droit par voie d'action.

Nous ajoutons que la loi a déjà été corrigée à l'égard des individus non interdits, placés, en vertu de la loi du 30 juin 1838, dans un établissement d'aliénés. Le délai de dix ans ne court contre eux qu'à dater de la signification qui leur a été faite, ou de la connaissance qu'ils ont eue de l'acte, après la sortie définitive (art. 39 de ladite loi).

DEUXIÈME PARTIE

CONDITION CIVILE DE LA FEMME RÉSULTANT DU RÉGIME ADOPTÉ PAR LES ÉPOUX

CHAPITRE I

CONDITION DE LA FEMME SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

La communauté est l'application aux rapports pécuniaires des époux de l'idée chrétienne du mariage. La femme, en même temps qu'elle est la compagne de l'homme est son associée ; en même temps qu'elle partage sa condition et son existence tout entière, elle est appelée à prendre sa part dans les bénéfices qu'ils réalisent ensemble.

Toutefois, les règles qui régissent cette société sont bien différentes des règles des sociétés ordinaires. Dans les sociétés ordinaires, les associés sont tous égaux et ont les mêmes droits : si l'un d'eux a des droits plus étendus que les autres, ce n'est qu'en vertu d'un mandat que ceux-ci lui ont donné, et qui est lui-même l'affirmation de leur droit.

Dans la communauté, les relations d'une nature toute particulière qui existent entre les époux, et qui font du mari, le protecteur de la femme et le chef de la famille, ont inspiré au législateur des règles spéciales dont la tendance est d'augmenter

les pouvoirs du mari, de lui laisser dans l'intérêt même de la communauté, la plus grande liberté d'action, et d'organiser en faveur de la femme un système puissant de garanties, destiné à la protéger dans le cas où le mari abuserait de ses pouvoirs.

L'étendue presque illimitée des pouvoirs du mari fait qu'en apparence et tant que dure le mariage, la condition de la femme ressemble beaucoup à celle qui lui est faite par le régime sans communauté ; le mari est tout, administrateur, usufruitier, seigneur et maître, et il semble impossible de découvrir au milieu de tous ces pouvoirs la trace d'une idée de société. Mais cette société n'en existe pas moins réellement, même pendant le mariage. La femme, malgré l'inaction, l'impuissance, à laquelle elle est condamnée, sait très bien que le mari agit en même temps, et pour lui et pour elle ; elle n'ignore pas qu'elle est appelée à prendre sa part des biens qu'il acquiert ; enfin, elle a elle-même pendant le mariage sur les biens de la communauté des droits qu'elle peut exercer, et qui suffisent à établir sa qualité d'associée.

Pour diriger notre travail, et ne pas nous laisser entraîner dans une matière aussi vaste que le régime de communauté, au delà de ce qui a trait directement à notre sujet, nous avons cru devoir adopter la division suivante :

1° Pouvoirs du mari sur les biens communs ;

2° Pouvoirs de la femme sur ces mêmes biens ;

3° Pouvoirs du mari sur les biens propres de la femme ;

4° Pouvoirs de la femme sur ses biens propres.

SECTION I

POUVOIRS DU MARI SUR LES BIENS COMMUNS

Ces pouvoirs sont assez difficiles à qualifier. Ce ne sont ni les pouvoirs d'un administrateur ordinaire, le mari étant irresponsable, ni ceux d'un propriétaire, à cause des restrictions que la loi y apporte. Du reste, la nécessité de les bien définir ne s'en fait guère sentir; car le Code civil a eu le soin d'en déterminer exactement l'étendue et la portée.

On a essayé cependant de préciser davantage. Mais le système le plus étrange, parce qu'il viole également les textes du droit ancien et du droit actuel, c'est celui de M. Toullier. Il consiste à envisager le mari pendant le mariage, comme propriétaire unique, *seigneur et maître* des biens communs ; de là le brocard : « Le mari vit comme « maître et meurt comme associé. » Durant le même temps, la femme n'aurait qu'une simple expectative, un droit de copropriété, sous condition suspensive, « *speratur fore socia* ». Ce droit éventuel de la femme de venir au partage des biens de la communauté lors de sa dissolution, expliquerait très-bien la faculté qu'elle a de de-

mander la séparation des biens, si la mauvaise gestion du mari compromet les biens de la communauté ; car il est de principe qu'un droit sous condition suspensive suffit pour autoriser des actes conservatoires.

Toullier invoque les textes des Coutumes; il cite l'art. 225 de la Coutume de Paris, l'art. 424 de la Coutume de Bretagne, l'art. 178 de la Coutume de Blois, qui parlent du droit absolu de disposition du mari sur les biens meubles et acquêts. Du *Jus utendi* et du *Jus abutendi* qu'il y trouve, il conclut à la propriété du mari. A l'appui de cette conclusion, il présente une phrase de Dumoulin, au sujet de l'art. 25 de l'ancienne Coutume de Paris : « *Constante matrimonio, solus actu dominus, propter auctoritatem administrationis et alienandi potestatem.* » Il est vrai que ces coutumes portent que les conjoints sont *communs* en biens meubles et conquêts immeubles, et il semble fort difficile de passer outre. Mais pour Toullier, la contradiction n'est qu'apparente; elle n'existe plus, si, par le droit de communauté donné à la femme, il ne faut entendre que l'*espérance de devenir commune.* C'est ainsi également que l'entendait Dumoulin lorsqu'il dit sur l'art. 25 de la coutume de Paris : « *Et quamvis ista communio, pendente matrimonio, propriè non sit in actu, sed in credito et habitu, tamen, soluto matrimonio, ipso jure exit in actum et actualem dominii et possessionis communionem* » ; et dans une forme plus nette et plus ex-

pressive, « *non est propriè socia, sed speratur fore.* »

Ainsi, Dumoulin et Pothier qui, sur cette matière, déclare adopter la doctrine de Dumoulin expliqueraient, d'après Toullier, cette contradiction, en disant que la femme pendant le mariage n'est pas commune, mais a l'espérance de le devenir. Il résulte que la communauté n'existe pas pendant le mariage, mais seulement au moment de sa dissolution, qui donne un droit de communauté ou de co-propriété à la femme. Les coutumes s'expriment donc fort improprement en disant que la communauté se dissout au moment de la mort ou de la séparation des époux : c'est le contraire qu'elles doivent dire. De même lorsque l'art. 220 de la Coutume de Paris dit que la communauté commence du jour des épousailles et de la bénédiction nuptiale, il faut lire : L'espérance ou le droit éventuel à la communauté commence au jour du mariage. Cette traduction s'applique également au passage où, dans une note sur l'art. 588 de la Coutume du Maine, Dumoulin dit à propos de la communauté : « *trahitur retro ad diem nuptiarum.* » Dans ce rapprochement on peut encore voir une confirmation.

Tel est le système de M. Toullier. Avant de nous demander s'il peut encore s'appliquer à notre droit actuel, examinons si l'origine que lui indique M. Toullier est bien certaine.

D'abord, nous devons nous étonner des tiraillements et des transformations qu'il fait subir aux

textes de l'ancien droit pour que sa doctrine s'adapte. Ensuite, il a eu tort de placer cette doctrine sous le patronage de Dumoulin et Pothier, qui pensaient autrement. Il est vrai que ces deux grands jurisconsultes ont considéré le mari *comme* propriétaire, mais sous un certain aspect seulement, dans ses rapports ou dans les rapports de la communauté avec les tiers, n'envisageant pas pour le moment les rapports de la communauté avec les époux ; alors, le droit de copropriété de la femme existe bien toujours, mais faible et presque écrasé par le pouvoir du mari. Voilà ce que M. Toullier n'a pas distingué. Il aurait dû cependant remarquer que Dumoulin, après avoir dit que, pendant le mariage, le mari est *actu solus dominus*, ajoute *propter auctoritatem administrationis et alienandi potestatem*. Ce dernier membre de phrase ne semble-t-il pas indiquer nettement qu'il ne s'agit que de l'*exercice* des facultés et actions se rattachant au droit de propriété, quant aux biens communs, sans toucher aucunement à la question de *propriété* sur ces biens entre le mari et la femme ? C'est aussi à ce point de vue que se place Pothier, lorsqu'il dit : « Le mari, « pendant la communauté, est réputé, *en quel-* « *que façon, comme* le seul seigneur et maître « absolu des biens dont elle est composée, et le « droit qu'y a sa femme n'est regardé que comme « un droit informe qui se réduit au droit de par- « tager un jour les biens qui se trouveront la com-

« poser lors de sa dissolution. C'est ce qui fait « dire à Dumoulin que cette communauté était « plutôt *in habitu quam in actu*, et que la femme, « durant le mariage, *non est proprie socia, sed « speratur fore.* » Du reste, si ces jurisconsultes n'insistent pas beaucoup sur cette importante distinction, c'est qu'elle ne soulevait pas de difficultés, et qu'elle était reconnue d'une manière générale par tous les auteurs du temps. « Si le mari, dit Laurière, dans son Commentaire sur l'art. 225 de la Coutume de Paris, est seigneur des meubles et conquêts immeubles, *il n'en est pas propriétaire, si ce n'est de la moitié seulement;* et, s'il peut vendre, aliéner, hypothéquer, ce n'est que parce qu'il en a la libre administration, en qualité de chef de la communauté. » Ferrière, lui aussi, sur l'art. 225 de la même coutume, constate le même droit de la femme pendant le mariage. Nous ne parlons pas des autres qui sont fort nombreux.

D'ailleurs, la doctrine de Toullier, serait-elle vraie dans l'ancien droit, qu'elle ne serait plus en rapport, soit avec l'esprit, soit avec les termes de notre Code civil. Sans parler des impropriétés de langage, que nous serions obligé de voir dans les expressions : *la communauté commence du jour du mariage*, de l'art. 1399 : *elle se compose activement et passivement*, des art. 1401 et 1409 : *elle se dissout par la mort naturelle, par la séparation*, de l'art. 1441, et surtout : *la femme qui renonce*

perd toute espèce de droits sur les biens de la communauté, de l'art. 1492, nous devons remarquer que les pouvoirs du mari sont considérablement restreints par l'art. 1422, quant à l'aliénation à titre gratuit des biens communs. De ce pouvoir ainsi diminué au droit de propriété, il y a loin. En outre, une simple observation suffirait à montrer la fausseté du système que nous combattons. Les obligations que la femme contracte pendant le mariage avec toutes les conditions requises pour leur validité, c'est-à-dire munie de l'autorisation maritale, grèvent les biens de la communauté; il n'y a là aucun argument à tirer pour notre thèse, si on suppose le cas où la femme accepte la communauté ; car il est certain que les dettes d'une personne atteignent même les biens qui rentrent dans son patrimoine, postérieurement au jour où est née l'obligation ; alors même qu'elle n'aurait eu à ce moment aucun droit sur eux. Mais il n'en est pas de même, si nous nous plaçons dans l'hypothèse où la femme renonce à la communauté ; il est bien certain que, dès le jour de sa renonciation, la femme n'a plus aucun droit sur les biens de la communauté, et si ses obligations ont pu les grever, ce ne peut être qu'antérieurement à cette renonciation, c'est-à-dire pendant que la communauté existait encore ; elle avait donc, à ce moment, un droit de propriété sur ces biens.

Mais, si par le droit de propriété nous ne pouvons pas expliquer les pouvoirs si étendus du

mari, où donc en rechercherons-nous le fondement et le caractère juridique?

Pothier prétend que le droit de disposition du mari est un droit de puissance maritale : « Ce droit qu'a le mari, dit-il, de charger les biens de la communauté, tant pour la part qu'il y a que pour celle qu'y a sa femme, de toutes les dettes qu'il contracte pendant la communauté, est une suite de la qualité qu'il a de chef de la communauté, *que lui donne le droit de puissance qu'il a sur sa femme.* » (*Traité de la communauté*, n° 248.) Nous ne pensons pas que cette opinion de Pothier doive être suivie : elle est la continuation de son système sur la puissance maritale, qui, d'après lui, existe dans l'intérêt unique du mari ; or, ce système, nous le savons, n'est plus admis de nos jours.

Le fondement et la raison de ces pouvoirs ne peuvent donc être que dans un mandat donné par la femme au mari, de telle sorte que la femme, quoique non présente ni nommée au contrat, est censée contracter avec le mari pour la part qu'elle a dans la communauté et qu'elle est liée. Ce mandat, dont les limites sont fixées par la loi, a des règles spéciales, qui, comme nous le verrons plus loin, le déclarent irresponsable et le dispensent de rendre compte à son mandant. Tout cela, assurément, est peu conforme aux principes ordinaires de notre droit, et le seul accouplement de ces mots : mandataire irresponsable, est un barbarisme juridique. Mais il n'y a pas lieu de s'éton-

ner du caractère quelque peu étrange et exceptionnel de principes destinés à régler l'organisation et le fonctionnement d'une société à nulle autre pareille.

Nous devons maintenant entrer dans quelques détails sur les pouvoirs de disposition, d'administration et de jouissance, qui appartiennent au mari. Cette étude importante en elle-même, est de plus le préliminaire indispensable de l'étude des droits de la femme.

Aux termes de l'art. 1421-2° le mari peut vendre, aliéner et hypothéquer les biens communs sans le consentement de la femme. Aucune restriction n'est apportée à ce droit de disposition à titre onéreux, et cette disposition de l'art. 1421 doit être entendue dans le sens le plus large. Le mari peut grever les biens communs de servitudes et d'hypothèques, quelle que soit la dette qu'il s'agit de garantir, soit une dette commune, soit une dette propre au mari, telle que serait, par exemple, une dette immobilière antérieure au mariage. Il peut aliéner ces biens à quelque condition que ce soit, même avec réserve d'usufruit à son profit : ce droit d'usufruit réside sur sa tête, et s'éteint à sa mort. Il peut les aliéner moyennant une rente viagère constituée sur sa tête et stipulée réversible en sa faveur. Si la communauté est dissoute par sa mort, la rente s'éteint ; si la dissolution est la suite du prédécès de la femme, la rente se perpétue sur la tête du mari survivant ; mais

les arrérages de cette rente doivent, comme tous les autres biens de la communauté, se partager entre le mari survivant et les héritiers de la femme. Aucune difficulté ne s'est élevée sur ce point pour le cas où la rente viagère a été constituée purement et simplement sur la tête du mari ou de l'un quelconque des époux ; mais il a été soutenu que lorsque la rente aurait été stipulée réversible au profit du survivant, elle appartiendrait en propre à celui-ci et serait exclue du partage des biens de la communauté.

Notre conviction bien arrêtée est que ce système n'est pas exact, et que, à quelque point de vue qu'on le considère, il est en opposition formelle avec la loi. C'est ce qui va ressortir clairement de l'examen des arguments qui ont été invoqués par les auteurs pour le soutenir.

On a dit que la stipulation de réversibilité sur la tête du survivant des époux, insérée dans l'acte de constitution de la rente, en la présence et du consentement des deux époux, constituait de leur part une donation réciproque et éventuelle du prémourant au survivant.

Sans discuter cette première opinion, qui n'a jamais été sérieusement soutenue, nous l'écartons immédiatement par l'application de l'art. 1097, qui prohibe formellement les donations mutuelles entre époux, faites par un seul et même acte. Nous croyons, au contraire, avec la plupart des auteurs, que cette clause de réversibilité constitue

de la part des deux époux un acte aléatoire et à titre onéreux : chacun d'eux renonce au droit qu'il possède actuellement et définitivement, à la moitié des arrérages de la rente pour acquérir en retour un droit éventuel à la totalité. Cette clause, ayant pour effet de modifier les conventions matrimoniales, tombe sous l'application de l'article 1395; elle est radicalement nulle, et l'époux survivant devra partager avec les héritiers de l'époux prédécédé les arrérages de la rente, comme tout autre conquêt, sans pouvoir se prévaloir d'une convention rigoureusement interdite par la loi.

Après cette légère digression, qu'excuse cependant l'intérêt de la question, revenons à notre sujet, et résumons-nous.

Le mari, avons-nous dit, en ce qui concerne le droit de disposer à titre onéreux des biens de la communauté, est seigneur et maître de ces biens.

A l'égard des tiers, cette affirmation est vraie, absolument et sans restriction, et le mari, qui vend un bien commun peut être considéré par l'acquéreur comme véritable et unique propriétaire.

A l'égard de la femme, il n'en est pas tout à fait de même. Si la femme ne peut pas s'opposer à l'aliénation, elle a du moins un certain droit de contrôle ; et si l'aliénation a été faite par le mari en fraude de ses droits ou s'il en a retiré un profit personnel, elle pourra exiger qu'il l'indemnise.

Ce sont là, croyons-nous, les seules restric-

tions apportées par la loi au pouvoir du mari de disposer à titre onéreux des biens communs ; et, quoiqu'il n'en soit pas propriétaire, il peut à tous autres points de vue être considéré comme tel, sauf ce droit de contrôle de la femme, manifestation bien insignifiante de son droit de copropriété.

Examinons maintenant ses droits, quant aux dispositions à titre gratuit.

Les auteurs du Code ont laissé au mari la plus grande liberté pour tout ce qui concerne la gestion des biens de la communauté, pensant avec raison que tout système de contrainte préventif ou répressif ne pouvait que troubler la paix de la famille et nuire à la prospérité de ses affaires; mais ils ont refusé de suivre dans ce qu'elle avait d'excessif la législation coutumière : ils ont pensé non moins sagement que la donation n'était pas un acte de gestion, qu'il serait au moins inutile, et souvent dangereux de laisser au mari la même liberté à cet égard, et qu'il fallait, sinon lui interdire absolument les donations, au moins restreindre son pouvoir de disposer à titre gratuit.

L'art. 1422, rédigé sous l'influence de ces considérations, statue que le mari ne pourra jamais disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté ; il lui accorde le droit de disposer ainsi du mobilier commun, mais seulement à titre particulier et à la condition de ne pas se réserver l'usufruit du bien donné.

La première observation qui doit nous arrêter, dès que nous abordons l'étude de ces dispositions, c'est cette distinction que fait l'art. 1422 entre les meubles et les immeubles communs : Quelle peut être la raison de cette distinction? On en a donné un double motif. Le premier, c'est la difficulté même qu'auraient éprouvée les rédacteurs du Code, s'ils eussent étendu leur prohibition aux meubles, à sanctionner cette prohibition et à en empêcher la violation. Cependant, cette explication n'est peut-être pas suffisante ; car la loi prohibe dans une foule de cas les donations de meubles comme les donations d'immeubles ; ainsi, elles sont nulles quand elles sont faites par une femme mariée, par un ascendant à son fils adultérin ou incestueux (art. 908) ; et la loi reconnaît bien que la preuve en peut être faite, puisqu'elle les déclare rapportables et réductibles. Le second motif nous paraît préférable ; il se trouve dans l'idée très-répandue et très-ancienne de la supériorité et de l'importance plus grande des immeubles. Il est inutile d'insister sur ce qu'il y a d'inexact aujourd'hui dans cette idée qui a pris naissance et a été appliquée à une époque où la fortune mobilière n'était en effet qu'une petite fraction de la fortune publique. Aussi, les rédacteurs de notre Code civil auraient été mieux inspirés en prohibant les donations *exagérées* seulement tant mobilières qu'immobilières, et en permettant les donations *modiques*, comme ils

l'ont fait à l'égard du donateur de biens à venir (art. 1083).

Nous étudierons un peu plus loin la sanction de la prohibition des donations des immeubles communs.

Parmi les donations mobilières, les seules autorisées sont les donations à titre particulier; les donations de l'universalité ou d'une quote-part du mobilier sont prohibées. Nous ne voyons guère la raison, qui a pu donner lieu à cette défense, à moins que les rédacteurs du Code n'aient été dominés par cette idée que la donation d'une universalité ou d'une quote-part du mobilier était plus considérable qu'une donation à titre particulier. Il serait puéril d'insister pour en démontrer la fausseté ; mais remarquons au moins qu'à défaut de réflexion, elle semble se présenter assez naturellement à l'esprit. Du reste, à l'exception d'un cas particulier, il est, à notre sens, impossible de comprendre une telle prohibition, car l'art. 948 exige que toute donation de meubles soit accompagnée d'un état estimatif des meubles donnés, et la rédaction de cet état donne toujours à la donation le caractère d'acte à titre particulier. L'hypothèse exceptionnelle, à laquelle nous avons fait allusion, se trouve dans l'art. 1082. Il s'agit de donations de biens à venir que le mari aurait faites dans le contrat de mariage d'une personne autre qu'un enfant commun, et qui comprendrait l'universalité, ou une quotité du

mobilier de la communauté. De pareilles donations seront nulles, en vertu de l'art. 1422.

Les donations mobilières à titre particulier ne sont même permises au mari qu'à la condition de ne pas se réserver l'usufruit des choses données. La loi, craignant qu'il ne se laissât trop facilement entraîner à des actes de générosité qui ne lui coûteraient aucun sacrifice a voulu s'assurer que ces donations avaient un motif sérieux, en obligeant le mari à se dépouiller lui-même actuellement de ce qu'il donne. L'idée, qui a inspiré cette disposition, est la même que celle qui a introduit dans la matière des donations cet antique adage : *Donner et retenir ne vaut*, que nous retrouvons non-seulement dans notre ancien droit, mais même dans le droit romain des premiers siècles de Rome.

Il résulte de cette disposition qu'une donation mobilière à titre particulier faite sous réserve d'usufruit serait nulle. Il faudrait se garder d'appliquer ici le principe d'après lequel les conditions, contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, insérées dans une donation ne nuisent pas à la validité de l'acte et sont tout simplement considérées comme non existantes. Il y a entre les cas que prévoit l'art. 900 et celui qui nous occupe une différence facile à saisir. Les conditions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, que prévoit l'art. 900 sont celles qui ont par elles-mêmes et considérées indépendamment de l'acte auquel on les a rattachées, un certain caractère d'immoralité : telles seraient

par exemple, les conditions de tuer ou de frapper une personne, de violer telle disposition prohibitive de la loi civile ou pénale. Tout autre est la clause de réserve d'usufruit : cette clause n'a par elle-même rien d'immoral ; elle est autorisée par la loi dans tous les cas où une prohibition expresse et motivée par des raisons spéciales n'a pas été édictée. Ce n'est donc pas sur la clause elle-même que porte la prohibition de la loi, c'est sur l'ensemble de l'acte ; et, ce que le législateur a voulu, c'est que quand le mari donne, il donne tout, c'est-à-dire la pleine propriété, ou rien.

Le fondement de ces diverses prohibitions de l'art. 1422 est l'intérêt de la femme ; il suit de là :

1° Que la nullité qui frappe ces donations est purement relative ;

2° Qu'elles sont valables à l'égard du mari, qui est non recevable à en demander la nullité.

Nous nous bornons pour le moment à énoncer ces deux conséquences ; les développements auxquels elles donnent lieu trouveront leur place dans la section suivante, où nous traitons des droits et pouvoirs de la femme quant aux biens communs.

Nous terminerons sur ce point par une observation générale, à savoir que les prohibitions édictées par l'art. 1422 ne s'appliquent pas aux donations faites par le mari aux enfants communs pour leur établissement.

Les dispositions testamentaires étant destinées par leur nature même à ne produire effet qu'à

une époque, où il n'y aura plus de communauté et où le mari n'aura plus sur les biens communs que les pouvoirs d'un copropriétaire ordinaire, il importait dans la réglementation de ses pouvoirs, en cette matière, de tenir compte de cette circonstance. C'est ce qu'ont fait les rédacteurs du Code en inscrivant en tête de l'art. 1423 ce principe : la donation testamentaire faite par le mari ne peut excéder sa part dans la communauté. Il faut remarquer cependant que l'application de cette disposition générale suppose qu'il y a communauté, c'est-à-dire que la femme a accepté. Dans le cas contraire, le mari doit être considéré comme ayant toujours été seul propriétaire des biens de la communauté ; il a donc pu disposer de la totalité de ces biens.

Ces quelques mots suffiraient à nous édifier sur les pouvoirs du mari quant aux dispositions testamentaires, si les auteurs du Code n'avaient ajouté immédiatement après pour le cas de legs d'un corps certain une disposition, qui semble assez peu en harmonie avec le principe formulé par la première phrase. Ils décident que le legs d'un objet certain de la communauté est valable pour le tout et dans tout les cas. Si le partage fait tomber cet objet dans le lot du mari, le legs s'exécutera en nature ; si la chose léguée tombe dans le lot de la femme, le legs s'exécutera en une valeur équivalente prise sur la part du mari dans les biens communs et sur ses biens personnels.

Deux systèmes ont été proposés pour expliquer cette sorte de contradiction entre les deux dispositions dont nous venons de parler.

La plupart des auteurs voient dans la disposition de l'article 1423, relative au legs d'un objet certain l'application de l'art. 883. Si l'objet légué tombe au lot du mari, il est considéré comme ayant toujours été unique propriétaire ; le legs vaut pour le tout. Dans le cas où cet objet tombe dans le lot de la femme, le mari est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur lui et une difficulté grave se présente alors pour combiner l'art. 1423 avec l'art. 1021, qui déclare nul le legs de la chose d'autrui. Cette difficulté est résolue par les uns en prétendant que l'art. 1021 n'est pas applicable au cas où il est certain que le testateur savait que la chose léguée ne lui appartenait pas (ce qui, dans le cas présent, ne nous avance en aucune façon, vu qu'il n'est nullement certain que le mari, administrateur général, distingue nettement les biens communs de ses biens personnels) ; par les autres, en reconnaissant qu'il y a dans l'art. 1423 une exception à l'art. 1021, fondée sur la situation toute particulière du mari, différant notablement de celle d'un copropriétaire ordinaire. Nous reviendrons ultérieurement sur cette dernière idée, qui, à notre sens, est vraie, et devra être étendue même à la première hypothèse.

Une seconde explication, présentée par quelques auteurs, et notamment par MM. Aubry et

Rau, consiste à écarter complétement l'art. 883, qui, nous dit-on, doit être limitée rigoureusement aux rapports, en vue desquels il a été fait, c'est-à-dire aux rapports de chaque copartageant avec les ayants-cause de l'autre. Or, ici ce n'est pas le cas prévu. Ce qui prouve bien, ajoute-t-on, que ce n'était pas là la théorie des auteurs du Code, c'est qu'elle impliquerait une contradiction flagrante entre l'art. 1423 et l'art. 1021. Ces auteurs trouvent la raison de ces dispositions exceptionnelles qui nous occupent dans l'extension des pouvoirs du mari copropriétaire, en sa qualité de chef de la communauté.

Nous demandons la permission de présenter sur ces deux systèmes quelques observations qui nous indiqueront le parti que nous devons prendre sur cette difficulté.

Écartons pour un instant les art. 883 et 1423, et ne voyons que les règles de droit commun : que vaudrait le legs d'un objet commun fait par le mari ? Ce legs, quel que soit le résultat du partage, serait valable pour la moitié; en sorte que si l'objet légué tombait au lot du mari, le légataire se trouverait copropriétaire indivis avec lui; que si cet objet tombait au lot de la femme, il serait de même copropriétaire indivis avec elle.

Supposons maintenant que le légataire émette la prétention d'invoquer l'art. 883, et reprenons successivement nos deux hypothèses. Se trouve-t-il dans l'indivision avec les héritiers du mari,

c'est contre eux qu'il invoquera cet article pour obtenir tout l'objet légué ! Une pareille prétention nous semble insoutenable. L'art. 883, nous le répétons, a été fait pour régler les rapports des ayants-cause d'un copartageant avec les autres copartageants ; et il est impossible d'en étendre l'application aux rapports d'un ayant-cause avec son auteur ou les héritiers de celui-ci. Le légataire se trouve-t-il à la suite du partage dans l'indivision avec la femme, il devra bien se garder d'invoquer l'art. 883, sous peine de se voir repoussé par une fin de non-recevoir sans réplique, tirée de l'art. 1021.

L'explication qui se fonde sur l'art. 883 nous semble donc inadmissible.

Nous refusons également d'admettre l'explication basée sur les pouvoirs du mari. L'observation que nous avons faite au début de cette discussion donne la raison de ce refus : le testament ne devant produire son effet qu'à un moment où le mari ne sera plus chef de communauté, le Code n'a pas voulu étendre son action au delà de cette époque. Cette théorie nous semble résulter de la première phrase de l'art. 1423, et il serait singulier de fonder sur une idée, que les auteurs du Code viennent de repousser, une disposition insérée dans le même article.

Pour nous, ces dispositions résultent du respect du législateur pour les volontés ou les intentions même présumées du testateur. Un copro-

priétaire ordinaire sait très-bien, quand il fait un testament, qu'il ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même sur la chose qu'il lègue; ou, pour parler plus juste, il sait qu'il n'en est pas seul propriétaire. Le mari, au contraire, habitué à disposer en maître des biens communs, à les traiter comme siens, et se trouvant le plus souvent dans l'impossibilité de distinguer son patrimoine propre de celui de la communauté, a cru très-vraisemblablement léguer l'objet entier et transférer au légataire un droit absolu et complet. Quoi de plus respectable qu'une semblable erreur, lorsque le bien légué a été acquis par le mari lui-même de deniers gagnés à la sueur de son front! Après tout, n'a-t-il pas plus de chances qu'un copropriétaire ordinaire d'avoir tout entier le bien indivis, puisqu'il a pour lui l'éventualité de la renonciation de la femme? Toutes ces circonstances favorables légitiment, dans l'art. 1423, une exception à l'art. 1021.

Nous verrons, en parlant des pouvoirs de la femme, les conséquences, en ce qui la concerne, de la théorie que nous venons d'exposer.

La qualité de chef de la communauté, qui donne au mari le droit de disposer des biens que la femme a mis dans cette masse commune, lui donne, à plus forte raison, le droit de les administrer seul. La femme est donc, dès le jour du mariage, dépouillée de cette administration. C'est au mari qu'appartient le droit de poursuivre ses

créanciers, de recevoir le payement des intérêts et du capital et d'en donner quittance. Il perçoit seul les fruits de tous les biens communs, et en dispose à son gré comme de ces biens eux-mêmes. C'est au mari qu'il appartient d'intenter toutes les actions relatives aux biens communs, mobilières ou immobilières, possessoires et pétitoires, et d'y défendre lorsqu'il est attaqué. Les jugements rendus pour ou contre lui ont plein et entier effet, comme s'il s'agissait de ses biens personnels.

Le mari a enfin le droit de grever les biens communs par ses obligations.

Ce droit étant un corollaire du droit d'aliéner, est régi par les mêmes règles et renfermé dans les mêmes limites, ou plutôt abandonné avec la même largesse aux caprices du mari. Nous poserons, donc, d'abord, comme nous l'avons fait plus haut, le principe général que toutes les obligations qui naissent sur la tête du mari pendant la communauté, soit d'un contrat, soit d'un quasi-contrat, soit de l'acceptation d'une succession immobilière, soit d'un délit, grèvent les biens communs. Distinguant, ensuite, pour en venir à l'application, entre les tiers et la femme, nous dirons :

1° Que, quant aux tiers, ce principe est absolu ; et qu'en aucun cas les créanciers qui poursuivent le mari ne peuvent être obligés de distinguer ses biens propres des biens communs. Une seule exception, introduite par l'art. 1425 du Code civil,

relativement aux condamnations prononcées à la suite d'un crime, emportant mort civile, a été supprimée par la loi de 1854, qui a aboli la mort civile.

2° Que, quant à la femme, elle peut refuser de supporter les conséquences des obligations du mari, et se faire indemniser, si le paiement a été fait avec les biens communs, dans trois cas ; ce sont d'abord, les deux cas, dont nous avons déjà parlé, à savoir : lorsque le mari a agi frauduleusement, et lorsqu'il s'est enrichi au détriment de la communauté : c'est ensuite le cas, prévu par l'art. 1424, d'une condamnation à amende prononcée contre le mari à la suite d'un délit.

Ce sont les seules restrictions admises par les auteurs, au profit de la femme, au droit du mari d'obliger les biens communs. Nous aurons à nous demander s'il ne faut pas les étendre davantage, et s'il n'a pas été dans l'intention des rédacteurs du Code de rendre le mari responsable, à l'égard de sa femme, indépendamment de toute fraude et de tout enrichissement, des aliénations faites par négligence ou dissipation en pure perte pour la communauté, et des obligations, contractées dans un but, étranger à la gestion des biens communs. Nous examinerons cette question, en traitant des pouvoirs de la femme.

Nous avons achevé l'exposé des pouvoirs du mari sur les biens communs : nous pouvons les résumer, en disant que, quoiqu'il n'en soit pas

propriétaire unique, la loi a réuni entre ses mains tous les attributs du droit de propriété, sauf :

1° Quant aux tiers, la restriction résultant de l'art. 1422, relative au droit de donner.

2° Quant à la femme, la restriction résultant d'un droit de contrôle qui se manifeste par le droit à indemnité dans certains cas, et par celui de demander la séparation de biens.

Que faut-il penser de l'étendue si considérable des pouvoirs du mari sur les biens de la communauté ? Les rédacteurs du Code ont-ils sagement agi, en reproduisant le droit des coutumes ? N'auraient-ils pas dû y apporter des restrictions plus énergiques que celles dont ils se sont contentés ?

A la question ainsi posée en termes généraux, les auteurs répondent qu'il leur semble indispensable à la bonne gestion des affaires de la communauté que le mari ait des droits aussi étendus que possible ; que, si les rédacteurs du Code ont agi sagement en limitant le droit du mari, quant aux donations, qui ne sont pas des actes de gestion, et ne peuvent qu'appauvrir la communauté, et qui d'ailleurs doivent éveiller tout spécialement les craintes et les soupçons du législateur, ils ont agi très-sagement au contraire en laissant le mari absolument libre, quant aux actes, qui sont réellement des actes de gestion ; et que rien ne leur paraîtrait plus dangereux pour la prospérité des affaires du ménage et la paix de la famille qu'une législation qui exigerait pour chaque acte, non

pas seulement d'aliénation, mais même d'administration, l'intervention de la femme. La communauté n'est pas une société ordinaire où les associés soient sur un pied d'égalité parfaite. Le mari est avant tout le protecteur de la femme et le chef de la famille, et on comprend que, eu égard à ce titre, aux devoirs qu'il impose et aux relations particulières qu'il établit entre la femme et le mari, le législateur ait cru pouvoir accorder à celui-ci de sa propre autorité un mandat que jamais un associé ordinaire ne donnerait à son coassocié, mandat de disposer des choses *pro libidine animi*.

Mais, au moins, c'est ici le lieu d'appliquer le principe fondamental de toute morale et de tout droit, celui de la responsabilité. Toute personne qui agit librement est responsable de ses actes : la responsabilité croît en raison directe des pouvoirs dont on dispose, et, si nous voulons que le mari puisse, dans l'intérêt même de la communauté, agir librement, sans entraves, si nous croyons que les rédacteurs du Code ont eu raison d'avoir confiance en sa sagesse et dans son affection pour sa famille, nous voulons aussi que le mari ne puisse pas impunément abuser de cette confiance et des pouvoirs qui lui sont accordés, et que si, au lieu d'en user pour conserver ou améliorer le patrimoine et la condition de sa famille, il s'en sert pour se livrer à de folles dissipations et à des prodigalités coupables, il soit, autant que possi-

ble, le seul puni, et que tout soit mis en œuvre par la loi pour sauvegarder le patrimoine de la femme.

Nous verrons, en traitant des droits de la femme sur les biens communs, ce qu'a fait le législateur pour donner satisfaction à ce principe si légitime et si équitable de responsabilité du mari.

Il nous reste à examiner la question de savoir si l'ensemble des dispositions de la loi sur les pouvoirs du mari quant aux biens et sur l'administration de la communauté doit être considéré comme ayant un caractère rigoureusement impératif, ou si ce n'est qu'une interprétation de la volonté présumée des parties, et s'il est permis de modifier ces dispositions par des clauses expresses insérées dans le contrat de mariage.

L'art. 1388 défend de déroger par convention aux droits résultant de la puissance paternelle sur la personne de la femme et des enfants, ou appartenant au mari comme chef. C'est sur ces derniers mots, qui, à notre avis, s'appliquent non plus aux droits proprement dits de puissance paternelle ou maritale sur la personne des enfants et de la femme, mais aux droits du mari sur les biens, que nous prétendons fonder notre opinion, à savoir que : si les époux sont libres d'admettre tel régime que bon leur semble, ils ne peuvent pas, ce régime étant admis, modifier les droits, qui appartiennent au mari, en sa qualité de chef de la famille.

Nous avons vu, spécialement en ce qui concerne le régime de la communauté, que les pouvoirs du mari, chef de la communauté, ne pouvaient avoir leur fondement ni dans le droit de propriété, puisqu'il n'est pas seul propriétaire ni dans un mandat de la femme, puisque ses pouvoirs dépassent ceux d'un mandataire ; il les tient donc de sa qualité de mari.

Tous les auteurs reconnaissent que la clause, qui d'une manière générale aurait pour but de transférer à la femme les pouvoirs de gestion du mari devrait être considérée comme non existante. La plupart admettent encore que la clause qui exigerait pour chaque acte d'administration le consentement de la femme serait nul. Mais, beaucoup d'auteurs, parmi lesquels Toullier et Duranton, prétendent qu'il pourrait être valablement stipulé dans le contrat de mariage que le mari ne pourrait aliéner les biens communs sans le consentement de la femme.

Nous avouons que la raison de distinguer nous échappe, et que nous ne voyons pas pourquoi le consentement de la femme, pouvant être rendu nécessaire pour le droit d'aliéner, il n'en serait pas de même pour le droit d'hypothéquer et de s'obliger, d'intenter une action..., etc., tous ces actes n'étant en somme, que des aliénations indirectes. Ce système conduirait donc à cette conséquence absolument inadmissible, selon nous, que les dettes contractées par le mari, n'obligeraient la

communauté que s'il s'était obligé avec le consentement de sa femme. Nous pensons qu'aller jusque-là, ce serait renverser toutes les notions reçues et consacrées par le Code. La maxime que le mari est seigneur et maître de la communauté doit être considérée comme d'ordre public.

SECTION II

POUVOIRS DE LA FEMME SUR LES BIENS COMMUNS

En acceptant le régime de communauté, la femme transfère à son mari la moitié indivise de ses droits sur les biens, qui tombent dans cette communauté de son chef, et elle acquiert en échange la moitié indivise des biens du mari, tombant dans la communauté. Nous avons fait, au commencement de ce travail, la même observation quant au mari : mais le droit de copropriété de la femme, au lieu de se grossir de tous les droits attachés à la qualité de chef de la communauté, est, pour ainsi dire, étouffé sous le poids écrasant des pouvoirs du mari, et reste entre ses mains tellement inerte que nous avons vu un grand jurisconsulte mettre en doute et même nier son existence.

Il existe, cependant, nous n'en doutons pas, et l'étude que nous allons faire, va nous confirmer dans cette opinion. Nous avons à nous demander comment il se manifeste, et quels droits le Code

qui a fait la part si belle au mari, a bien voulu reconnaître à la femme.

Les droits accessoires, découlant pour la femme de son droit de copropriété, peuvent, il nous semble, se ranger en deux catégories. les uns, que nous appellerons droits défensifs, dont l'exercice consiste, non dans un acte direct sur les biens communs, mais dans une action contre le mari, et qui ont pour but unique la protection à accorder à la femme contre les pouvoirs exorbitants du chef de la communauté; c'est le droit de contrôle de la femme s'exerçant soit par une demande en séparation de biens, soit par une demande d'indemnité dans certains cas que nous déterminerons : les autres, que nous appellerons droits positifs. Cette dernière catégorie se réduit au pouvoir pour la femme, de grever, par ses obligations valablement contractées, les biens communs et d'en disposer par testament.

Occupons-nous d'abord de la première espèce de droits, dont nous avons parlé.

Nous n'entendons pas exposer ici tout le système de protection organisé au profit de la femme : bénéfice d'inventaire, droit d'accepter ou de renoncer....etc..; nous voulons parler uniquement des droits qui appartiennent à la femme comme conséquence directe de son droit de copropriété et de contrôle pendant la durée de la communauté : ce qui comprend : 1° le droit à indemnité ou à récompense, qui peut naître au profit de la femme de

certains actes de gestion du mari; 2° le droit de s'opposer aux donations prohibées par l'art. 1422; 3° le droit de demander la séparation de biens.

Dans quel cas la femme peut-elle exiger du mari indemnité ou récompense pour ses actes de gestion ?

Nous avons dit, en terminant notre étude sur les pouvoirs du mari, que rien ne nous semblait plus légitime et plus conforme aux intérêts de la famille que la grande étendue donnée à ces pouvoirs. Mais nous avons ajouté que la responsabilité du mari devait croître dans la même proportion, et que la loi pour être conséquente et morale devait faire retomber sur lui seul les pertes que la communauté aurait éprouvées par suite de sa négligence ou de sa prodigalité. C'est ici le lieu d'examiner comment le législateur a organisé et sanctionné cette responsabilité du mari.

Au premier aspect nous ne découvrons rien dans le Code parmi les articles relatifs à l'administration de la communauté qui indique que le législateur se soit occupé de cette question. Nous y lisons que le mari qui a augmenté son patrimoine propre avec une valeur provenant des biens de la communauté est obligé à l'égard de celle-ci à une récompense. Nous ne doutons pas non plus que le mari qui aurait frauduleusement appauvri la communauté soit pour enrichir un tiers, soit même en haine de sa femme, ne fût tenu de réparer le dommage qu'il aurait causé. Mais il est admis

par tous les auteurs que, hors ces deux cas, le cas de fraude du mari et d'enrichissement au détriment de la communauté, le mari ne peut jamais être constitué débiteur envers la communauté par un acte de son administration. Cette administration peut être incapable, elle peut être même coupable, le mari peut dissiper pour ses plaisirs personnels, peut-être dans de scandaleuses débauches, les biens de la communauté ; pourvu qu'il n'en résulte pas un enrichissement pour lui, ou qu'il ne soit animé d'aucune intention frauduleuse, la femme ne peut lui en demander compte ni se faire indemniser sur son patrimoine propre des pertes que son incapacité ou sa prodigalité lui fait subir. Telle est, nous le répétons, de l'avis de tous les auteurs, la théorie du Code. Telle était aussi celle de Pothier. « Le mari, dit-il, peut à son gré, perdre les biens de la communauté, *sans en être comptable*; il peut laisser périr par la prescription les droits qui dépendent de la communauté...etc... (N° 470.) »

Cette théorie est assurément bien loin de donner satisfaction au principe que nous rappelions ci-dessus et dont nous réclamons ici tout particulièrement l'application rigoureuse.

Que les auteurs du Code n'aient pas voulu exiger que le mari fût muni, pour chaque acte d'administration ou de disposition, du consentement de la femme, rien n'est plus sage ; qu'ils aient refusé à la femme le droit de mettre opposition aux actes

d'administration ou de disposition du mari, on le comprend encore. Mais ils devaient laisser au mari assez négligent ou assez coupable pour abuser de la confiance qui lui est accordée la responsabilité de ses actes, et ne pas faire en sa faveur une exception à la règle consacrée par le Code lui-même dans l'art. 1382, exception dont il nous est impossible de voir la raison.

Nous trouvons cependant dans le Code une disposition, qui nous prouve que, dans un cas particulier au moins, les rédacteurs ont entrevu que le mari négligent était responsable de sa négligence à l'égard de sa femme. L'art. 1415 donne à celle-ci le droit, lorsque le mari a négligé de faire dresser inventaire d'une succession partie mobilière et partie immobilière, échue pendant le mariage, de faire preuve contre lui de la consistance du mobilier, lors de la liquidation de la communauté, par tous moyens en son pouvoir, même par la commune renommée.

Ce n'est là malheureusement qu'une application trop restreinte du grand principe de la responsabilité, auquel il semble qu'il ne devrait jamais être fait exception ; et nous devons tenir pour certain qu'aujourd'hui la femme ne peut demander compte au mari de sa gestion que s'il a agi frauduleusement ou s'il s'est enrichi au détriment de la communauté. Tous les autres actes du mari, quelque coupables qu'ils soient, échappent à son contrôle.

Arrivons aux droits, qui appartiennent à la femme quant aux donations faites par le mari en violation des dispositions de l'art. 1422. Nul doute que ces prohibitions n'aient été édictées dans l'intérêt de la femme pour sauvegarder ses droits sur les biens communs. Il suit de là :

1° Que l'intervention de la femme suffit à valider ces donations que le mari ne peut faire seul ;

2° Que c'est à la femme qu'appartient le droit d'en demander la nullité.

Nous allons examiner successivement ces deux propositions.

Il a été contesté que l'intervention de la femme pût valider les donations immobilières. Nous discuterons les deux seuls arguments sérieux, qui aient été invoqués en faveur de cette thèse. Le Code, a-t-on dit, a voulu protéger la femme contre sa propre faiblesse et les abus d'influence du mari. Cet argument nous semble tout à fait inexact sous le régime de communauté, où la femme jouit au contraire de toute sa capacité sous la condition d'agir avec l'autorisation de son mari ; elle peut donner ses biens personnels. Pourquoi ne pourrait-elle pas s'associer à une donation faite par le mari sur les biens communs?

On a dit que la femme pouvait, suivant qu'elle refuserait ou qu'elle accepterait la communauté, confirmer son adhésion à la donation ou la rendre non avenue, et qu'on ne pouvait pas admettre dans notre droit des donations dont le sort était

laissé à la discrétion du donateur. Il y a là encore, à notre avis, une erreur. Ou bien la femme acceptera la communauté ; son adhésion devient alors définitive, inattaquable, et la donation est parfaite. Ou bien, elle renoncera à la communauté, et alors l'immeuble donné devra être considéré comme ayant toujours été propre au mari, et la femme sera encore non recevable à attaquer la donation.

Remarquons enfin, que ce système aurait pour conséquence de frapper d'inaliénabilité à titre gratuit les immeubles communs. Nous nous refusons à croire que telle ait été l'intention du législateur.

En outre, une preuve à l'appui de notre opinion peut se tirer de la relation de l'art. 1422 avec l'art. 1421, d'où se détache une règle faisant contraste avec le droit ancien. En effet, l'art. 225 de la Coutume de Paris, ayant déclaré que le mari est *seigneur et maître* de la communauté, continue ainsi : « Le mari peut vendre les biens de la communauté, les aliéner ou hypothéquer, et en faire et disposer *par donation* à son plaisir et volonté *sans le consentement de sa femme.* » Les art. 1421 et 1422 de notre Code reproduisent ce principe avec une restriction. Dans l'art. 1421, on lit : « Le mari administre *seul* les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner ou hypothéquer *sans le concours de la femme.* » C'est bien la reproduction de la règle coutumière. Mais

voici la restriction apportée par l'art. 1422 : « Le mari, y est-il dit, ne peut pas disposer des immeubles *à titre gratuit.* » Qui ne voit dans cette disposition une modification apportée à la coutume de Paris et à l'art. 1421 ? Pour être logique, ne faut-il pas continuer dans l'art. 1422 la pensée contenue dans la coutume de Paris et l'art. 1421, en lisant : « Le mari ne peut pas disposer des immeubles à titre gratuit *sans le concours de la femme?* » Cela admis, on conclut, *à contrario*, que l'aliénation des immeubles communs à titre gratuit est permise au mari *avec le concours* de la femme.

Nous avons dit, comme second corollaire de notre principe, que l'action en nullité de la donation appartenait à la femme et à elle seule. Un point incontestable, c'est que cette action ne peut être exercée qu'après la dissolution de la communauté, puisque, pour l'exercer, il faut que la femme ait pris parti, l'exercice même de cette action peut être considéré comme entraînant acceptation de la femme. Mais là où naissent les difficultés, c'est sur le point de savoir quelle est la portée de cette action et ce que la femme peut obtenir en l'exerçant. Si l'on suppose le partage accompli, la question paraît bien simple à résoudre au moyen de l'art. 883 : si le bien donné est tombé dans le lot de la femme, le mari sera considéré comme n'ayant jamais eu aucun droit, et la donation sera nulle pour le tout ; dans le cas con-

traire, la donation sera valable pour le tout, parce que le mari sera censé avoir été toujours seul propriétaire. Mais nous remarquerons d'abord que l'application de l'art. 883 doit être rigoureusement écartée, dans la première hypothèse, pour les raisons que nous avons développées plus haut au sujet des legs des biens de communauté faits par le mari, et sur lesquelles nous ne reviendrons pas. De plus, il semble impossible que le bien donné puisse venir à partage : la donation étant valable quant au mari et valable quant à la femme, il en résulte que la moitié indivise, afférente au mari, a été transférée au donataire, que la femme, au contraire, a retenu sa moitié, et qu'elle se trouve dans l'indivision, non plus avec le mari, mais avec le donataire. Cette interprétation serait erronée. Dire que la donation est nulle quant à la femme, c'est dire que la femme a le droit d'exiger que le bien donné soit compris dans la masse commune et vienne à partage comme s'il n'y avait pas eu de donation. Quant à elle, la donation est inexistante. On comprend, en effet, qu'elle ait plus d'intérêt à n'exercer qu'une seule action *communi dividundo* contre la communauté que plusieurs petites actions contre les donataires. Quant au tiers donataire, la donation est valable; et, les effets qu'elle produira seront différents, suivant les résultats du partage; si le bien donné tombe au lot du mari, elle vaudra pour le tout, non pas par l'application de l'art. 883, mais tout simple-

ment parce que la donation, étant valable quant à lui, il est non recevable à en invoquer la nullité, même sans la forme d'exception. Si le bien donné tombe au lot de la femme, il est perdu pour le donataire, qui ne peut avoir aucune action contre elle : c'est que la femme a le droit d'invoquer l'art. 883. Mais pourra-t-il, au moins, comme au cas de legs, demander l'équivalent au mari? Nous pensons qu'il faut distinguer ici deux sortes de donations; était-ce une donation donnant lieu à garantie de la part du donateur, une constitution de dot, par exemple, cette action en garantie pourra être utilement exercée par le donataire. Pour toute autre donation, il n'y a pas moyen d'atteindre le mari.

Nous avons cité comme troisième droit défensif de la femme la ressource suprême et unique que lui donne la loi contre l'incapacité, la négligence ou la prodigalité de son mari, le droit de demander la séparation de biens. Ce droit lui appartient non-seulement lorsque le mari compromet les biens de la femme, mais même lorsqu'il dissipe les biens communs, sur lesquels la loi lui a accordé des pouvoirs presque illimités. Nous n'avons pas à insister sur ce point dont les développements trouveront leur place plus loin.

Enfin, la femme peut encore provoquer l'interdiction de son mari et se faire nommer tutrice.

Arrivons à la seconde catégorie de droits que nous avons reconnus à la femme sur les biens de

la communauté, et que par opposition à ceux dont nous venons de parler, nous avons appelés droits positifs.

Nous avons cité, comme résultant directement de sa qualité de copropriétaire : 1° le droit de grever les biens communs par ses obligations ; 2° le droit de léguer ces mêmes biens.

C'est ici que nous voyons toute l'étendue de la brèche faite aux droits de la femme copropriétaire, par les pouvoirs absolus du chef de la communauté. Nous ne trouvons dans cette courte énumération ni le droit d'administration ni le droit d'aliénation entre-vifs, soit à titre gratuit soit à titre onéreux.

Le droit d'administration est formellement refusé à la femme. Nous avons vu qu'une clause expresse du contrat de mariage serait impuissante à le lui rendre ou même à le lui faire partager avec son époux. Il n'en serait pas de même d'un acte intervenu entre les conjoints pendant le mariage ; le mari pourrait transmettre à sa femme tout ou partie de ses pouvoirs d'administration ; mais cette sorte de délégation, qui n'est qu'un mandat toujours révocable au gré du mari, est l'affirmation la plus énergique du pouvoir exclusif, qui lui appartient.

De même, le droit de disposer entre-vifs, à titre gratuit ou onéreux, ne peut être exercé par la femme que par délégation spéciale des pouvoirs du mari. En dehors de là, tout acte de disposition

serait nul et non susceptible de donner une action à l'acquéreur. Si, plus tard, celui-ci se trouvant en possession du bien aliéné, ce bien venait à tomber, à la suite du partage, dans le lot de la femme, l'aliénation pourrait produire effet ; mais ce ne serait que par application de la maxime : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio ;* et, dans tous les cas où cette maxime ne pourrait être appliquée, c'est-à-dire lorsque l'acquéreur serait un donataire pur et simple, la femme serait admise à revendiquer contre lui.

Des deux droits, qui restent à la femme, le premier, celui de grever les biens communs par ses obligations, n'est encore, lorsqu'on y regarde de près, qu'une émanation des pouvoirs du mari.

Ce n'est, en effet, que lorsqu'elles ont été contractées avec le consentement de ce dernier, que les obligations de la femme grèvent les biens de la communauté. Celles qu'elle contracte avec l'autorisation de justice, quoique parfaitement valables, ne les atteignent pas ; et inversement, celles qu'elle contracte, avec l'autorisation du mari, atteignent non-seulement les biens communs, mais encore les biens propres du mari, ce qui prouve bien que le rôle de l'autorisation du mari, dans le cas qui nous occupe, ne se borne pas à couvrir l'incapacité de la femme.

Par exception, la femme, autorisée seulement de justice, peut obliger la communauté dans des

cas dont l'art. 1427 nous offre, d'après quelques auteurs, les seules hypothèses, et, d'après un plus grand nombre, des exemples seulement. Cette seconde opinion s'appuie sur le mot *même*, que comprend notre article. « La femme, lisons-nous, ne peut s'obliger ni engager les biens de la communauté, même pour tirer son mari de prison ou pour l'établissement de ses enfants en cas d'absence du mari, qu'après y avoir été autorisée de justice. » Toujours est-il qu'il ne s'agit que d'actes très favorables, que comporterait le devoir ou l'administration bien entendue du mari, s'il n'était pas empêché par son absence ou une obstination peu sage. Aussi, la loi a cru pouvoir y substituer la décision de la justice à l'autorisation du mari. Remarquons que, dans ces cas exceptionnels, la justice autorise en quelque sorte au nom et pour le compte du mari.

Il semble, enfin, qu'une autre exception à la règle que la femme non autorisée du mari, ne peut pas grever les biens de la communauté, se trouve dans l'art. 1426 *in fine*. Cet article, en effet, accorde ce pouvoir à la femme marchande publique. Mais l'exception n'est qu'apparente. En réalité, si la femme marchande publique peut engager la communauté, ce n'est qu'une conséquence de l'autorisation générale que lui a donnée le mari de faire le commerce et par suite de s'obliger.

Le droit qu'a la femme de disposer par testament des biens communs est encore une manifestation

insignifiante du droit de copropriété qui lui appartient pendant le mariage. A un point de vue strictement juridique, ces deux droits sont complétement indépendants, car il est bien certain qu'on peut léguer une chose sur laquelle on n'a actuellement aucun droit. Mais, dans la plupart des cas, la femme qui léguera un bien de communauté, fera ce legs en vertu de sa qualité d'associée qui, outre son droit actuel de copropriété, lui donne un droit éventuel à la propriété pleine et exclusive de la chose léguée. La loi n'a mis aucun obstacle à l'exercice de ce droit de texter, dont les effets sont reportés à une époque où les pouvoirs du chef de la communauté ont cessé d'exister.

Quels seront les effets de ce legs? Si c'est un legs de quotité, nous dirons, comme pour le mari, que la femme a pu léguer sa part dans la communanté. Si c'est un legs de corps certain, appliquerons-nous la seconde disposition de l'art. 1423? L'explication que nous avons donnée de cette disposition, et qui consiste à écarter l'art. 883, pour y voir une exception aux règles du droit commun, nous oblige à répondre négativement. Les dispositions exceptionnelles ne doivent pas être étendues : surtout, lorsque les raisons qui ont motivé l'exception, font défaut.

Or, s'il est vraisemblable que le mari, en léguant le bien commun, ait pu le considérer comme lui appartenant en propre et avoir l'intention de le léguer comme tel tout entier, la même

erreur est inadmissible de la part de la femme, qui, n'ayant pas sous la main tous les biens communs, peut très bien distinguer ses propres, on a dû savoir en léguant le bien commun qu'elle n'en était pas seule propriétaire.

Ce legs aura donc pour effet, dans tous les cas, quel que soit le résultat du partage, de transférer au légataire la moitié de la chose léguée ; de sorte que le légataire se trouvera dans l'indivision avec celui des deux époux auquel l'autre moitié aura été attribuée par le partage.

SECTION III

POUVOIRS DU MARI SUR LES BIENS PROPRES DE LA FEMME

Tous les biens de la femme ne tombent pas en communauté. La loi ou les conventions déterminent ceux qui restent dans son patrimoine. C'est la condition de cette deuxième catégorie de biens qui va faire, dans cette section et dans la suivante, l'objet de nos études.

Nous dirons, à titre d'aperçu général devant servir de base aux explications de détail que nous aurons à donner, que le mari n'a sur ces biens aucun droit de copropriété, que la femme en est seule propriétaire, mais que, à raison du droit d'usufruit, qui appartient à la communauté sur ces biens, le mari les détient, les administre, en

perçoit les fruits, et qu'en fait ils se trouvent confondus dans une seule masse sous la main du mari, avec les biens de la communauté et les biens personnels de celui-ci ; qu'ils sont même, à raison de cette confusion, présumés communs jusqu'à preuve contraire; et que la femme, à la dissolution de la communauté, devra établir son droit de propriété exclusive si elle veut les soustraire au partage (art. 1402). Il résulte de cette situation de fait qu'en apparence la condition des propres de la femme diffère peu de celle des biens qu'elle a apportés à la communauté. Mais nous allons voir, en y regardant de plus près, combien ces apparences sont mensongères. Nous examinerons successivement, comme nous l'avons fait jusqu'ici, le droit de disposer à titre onéreux et à titre gratuit, le droit d'administration et le droit de jouissance.

Le mari n'ayant aucun droit, même indivis, de propriété sur les biens propres de la femme, et aucun texte du Code ne lui accordant, comme pour les biens communs, le droit d'en disposer, ce droit doit lui être refusé. Les auteurs du Code, craignant sans doute que quelque interprète trop zélé ne considérât leur silence en faveur du mari, ont cru devoir s'en expliquer formellement. « Le mari, disent-ils, ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement. » (Art. 1428-3°.) On a dit que cette proposition était ridicule, tant elle était vraie; nous ne pouvons pas,

en effet, transporter à un autre la propriété d'un immeuble qui ne nous appartient pas : *Nemo dat quod non habet.* Sans doute, la loi a voulu dire : La femme ne peut pas aliéner ses immeubles sans le consentement du mari ou de justice.

Tel n'est point notre sentiment. Il nous paraît que la loi a voulu dire : Le mari est réputé avoir reçu de la femme mandat d'administrer les biens communs, et de les aliéner non-seulement pour sa part, mais encore pour la part de celle-ci. (Art. 1421.) Il n'en est point de même pour les immeubles personnels de la femme. S'il a reçu mandat de les administrer, il n'a point reçu celui de les aliéner ; mais la femme peut le lui donner durant le cours du mariage.

Remarquons que l'art. 1428-3° ne parle que des immeubles personnels de la femme. La prohibition s'étend-elle aussi à ses propres mobiliers? Un argument *a contrario*, tiré du silence de la loi, semble conduire facilement à une réponse affirmative.

Cependant ce silence peut s'expliquer par ce fait que les meubles propres sont très-rares et que le législateur a cru pouvoir se dispenser d'en parler. Nous trouvons là un puissant argument pour notre thèse : quels sont les meubles qui restent propres à la femme? Ce sont ceux qu'une clause expresse soit du contract de mariage, soit d'une donation ou d'un legs a soustraits à l'action du mari. La théorie que nous combattons aurait pour résultat

de détruire l'effet de cette clause, en rendant au mari son droit de disposition absolue. Nous ne répondrons qu'un mot à l'argument qui consiste à dire que le mari pouvant exercer les actions mobilières de la femme, c'est-à-dire revendiquer ses meubles d'après l'art. 1428 doit nécessairement en être propriétaire. L'art. 1549 accorde aussi au mari le droit de revendiquer les immeubles dotaux de sa femme; on ne peut conclure de là qu'il soit propriétaire de ces immeubles. Aliéner ou revendiquer sont deux choses différentes. La revendication suppose l'intervention de la justice : l'aliénation ne suppose que l'action isolée du mari. On a invoqué enfin l'art. 1503, qui semblerait supposer que le mobilier est à la disposition du mari, même lorsqu'il a été réalisé, puisqu'il n'autorise à en exiger lors de la liquidation de la communauté que *la valeur*. Mais cet article s'applique au cas spécial où le mobilier a été réalisé jusqu'à concurrence d'une certaine somme déterminée. Nous terminerons, en exposant l'opinion de Pothier, qui nous conduira à indiquer les réserves que nous avons à faire sur l'opinion que nous avons émise en termes généraux.

Pothier prétend que, malgré toute clause de réalisation, les meubles de la femme sont à la disposition du mari ; et que le seul effet de cette clause est de donner à la femme une action en reprise, qui lui permet, lors de la liquidation de la communauté, de prélever la valeur intégrale du

mobilier réalisé. Et il ajoute que c'est le seul moyen, à cause du dépérissement qui résulte du droit de jouissance de la communauté, de conserver à la femme « *quelque chose qui lui tienne lieu du droit de propriété* ». C'est donc en vue de répondre à l'intention et aux désirs de la femme qui a réalisé son mobilier, que Pothier admet cette solution (*Traité de la communauté*, n° 325).

Il nous semble que celle que nous avons adoptée, fort de l'appui de la plupart des auteurs modernes, est beaucoup plus conforme à cette intention, qui a été, très vraisemblablement, de soustraire les meubles réalisés au pouvoir de disposition du mari.

En résumé, nous pouvons dire que le législateur, songeant surtout aux immeubles, à cause de leur plus grande importance, s'est servi par mégarde dans l'art. 1428-3° de l'expression *immeubles personnels* pour désigner les biens propres de la femme, en général. A l'appui de notre opinion, on peut tirer un argument de l'art. 1428-2°, où on lit que le mari peut exercer seul toutes les actions mobilières de sa femme, c'est-à-dire faire des actes interruptifs de prescription, poursuivre les débiteurs, recevoir paiement et donner quittance; mais là s'arrête son mandat. Il ne pourrait donc pas aliéner les droits mobiliers. S'il ne peut pas aliéner les meubles incorporels, pourquoi lui reconnaîtrait-on ce pouvoir pour les objets corporels? Aucun texte ne distingue.

Nous reconnaissons, cependant, que notre théorie n'est pas toujours applicable, et que, dans certains cas, c'est celle de Pothier qui doit être appliquée : mais alors c'est en vertu de considérations différentes, et par application de principes incontestables, que nous accordons au mari le droit de disposer, et non par interprétation de la volonté de la femme. Rappelons-nous, en effet, que le mari est administrateur et usufruitier des propres de la femme. A ce double titre, il peut disposer : 1° des meubles fongibles, dont il acquiert la pleine propriété, comme quasi-usufruitier ; 2° de certains meubles, destinés à être vendus, et dont la disposition doit appartenir à tout administrateur : telles sont, par exemple, les récoltes ou autres fruits des propres de la femme, qui auraient été compris dans une clause de réalisation ; enfin, 3° l'art. 1551, étant applicable à la communauté, le mari devient propriétaire des meubles estimés par contrat de mariage, et, comme tel, il peut en disposer. En dehors de ces trois exceptions, il nous paraît certain que le droit d'aliéner les meubles réalisés n'appartient qu'à la femme.

Si le mari a vendu au mépris de la prohibition de l'art. 1428 un bien propre de sa femme, quels sont les effets d'une pareille vente ? La réponse à cette question exige des distinctions : à l'égard de la femme, la vente est nulle ; elle n'a pu être dépouillée par le fait du mari d'un droit qui n'appartient qu'à elle ; elle est donc restée propriétaire.

Nous verrons dans la section suivante comment et sous quelles conditions elle peut invoquer cette nullité et obliger l'acquéreur à reconnaître son droit de propriété.

Quid juris à l'égard du mari et du tiers acquéreur? Le mari peut-il invoquer la nullité de la vente qu'il a faite? Ne sera-t-il pas repoussé par la maxime : *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio?* L'acquéreur peut-il aussi invoquer cette nullité? A quelles conditions?

Il nous est impossible d'entrer dans l'examen de toutes ces questions, qui exigerait l'exposition complète de la théorie si complexe et si difficile de la nullité de la vente de la chose d'autrui. Ce qu'il importe de constater ici, c'est que ce sont les principes de droit commun, résumés en l'art. 1599, qui devront être appliqués pour la solution de ces questions ; que cette solution ne doit être modifiée en rien par la qualité de mari, qui appartient au vendeur, et que la seule considération dont il y ait lieu de tenir compte est l'absence complète chez celui-ci de tout droit de propriété, ou de tout autre mandat pouvant en tenir lieu.

Une autre observation qui a son importance, et que nous pouvons faire sans entrer dans la discussion de l'art. 1599, est que, quant à l'acquéreur, il y aura lieu de se demander s'il a été de bonne foi et si cet état s'est prolongé, pour savoir s'il doit restituer les fruits, et quelle quantité il doit

restituer. Ici encore, c'est le droit commun de l'art. 549 qui devra être appliqué.

Le mari, ne pouvant aliéner les biens propres de la femme, sans son consentement, ne peut faire aucune transaction sur des contestations relatives à ces biens, ni opérer aucun délaissement par hypothèque. Les art. 2045 et 2172 ne laissent aucun doute à cet égard. De même, le mari ne peut pas, sans le concours de la femme, accepter une succession immobilière à elle échue ; car cette acceptation, en grevant l'épouse de dettes onéreuses, conduirait à l'aliénation indirecte de ses propres.

Demandons-nous maintenant si et dans quels cas, il peut disposer de ces biens à titre gratuit.

A la suite de la discussion de l'art. 1428-3°, qui commence notre précédent paragraphe, nous avons été amené à reconnaître que certains meubles, malgré toute clause de réalisation, restaient à la disposition du mari. Nous avons rangé en trois classes les meubles tombant sous cette exception : 1° les meubles fongibles qui se consomment par le premier usage, soit en sortant de notre patrimoine, soit par une consommation effective et réelle ; 2° les meubles destinés par leur nature même à être vendus, par exemple, les récoltes d'un propre de la femme réalisées par le contrat de mariage ; ou bien encore les produits d'une carrière, ouverte, pendant le mariage, sur un propre de la femme ; 3° les meubles estimés

dans le contrat de mariage, sans déclaration que l'estimation ne vaudra pas vente.

Les meubles fongibles et les meubles estimés sont à la disposition du mari, parce que celui-ci en devient, malgré la clause de réalisation, seul propriétaire. Cette clause n'a d'autre effet que de conserver à la femme un droit de créance d'une valeur égale à celle des meubles fongibles ou à l'estimation des meubles non fongibles, droit qu'elle exercera par voie de prélèvement, lors de la liquidation de la communauté sur les biens communs d'abord, et, subsidiairement, sur les biens personnels du mari, conformément aux art. 1471 et 1472.

De ce que le mari est propriétaire unique et définitif de ces meubles, il suit qu'il a le droit d'en disposer, non-seulement à titre onéreux, comme nous l'avons vu, mais encore à titre gratuit.

Quant à la deuxième classe des meubles réalisés compris dans l'exception, notre solution ne sera plus la même. Le mari n'en devient pas propriétaire. Le droit que nous lui avons reconnu d'en disposer à titre onéreux lui appartient en vertu d'un mandat tacite, par lequel la femme, tout en se réservant un droit exclusif sur les bénéfices qui proviennent de ces ventes, a autorisé son mari à vendre sans elle ces meubles. La disposition à titre onéreux de ces meubles fait nécessairement partie des pouvoirs d'administration. Mais donner, ce n'est pas administrer. Aussi

n'hésitons-nous pas à refuser au mari, comme à tout autre administrateur, le droit d'en disposer à titre gratuit.

Quant aux immeubles propres de la femme, aucune difficulté ne peut s'élever ; le mari n'a aucun titre qui lui permette d'en disposer.

Si nous nous demandons maintenant quelle est la sanction des prohibitions dont nous avons parlé, et quelle est la valeur d'une donation faite par le mari, en dehors des cas exceptionnels où la clause de réalisation ne l'empêche pas de devenir propriétaire, nous pouvons répondre qu'un te acte serait frappé d'une nullité radicale et absolue, pouvant être invoquée, non-seulement par la femme en faveur de laquelle existe la prohibition, mais aussi par le mari, auteur de la prohibition. La difficulté provenant, quant à la nullité des aliénations à titre onéreux, de l'exception de garantie, ne se rencontre pas ici ; et le mari, exposé à une demande en dommages-intérêts de la part de sa femme, a un intérêt suffisant pour motiver une action contre le donataire, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il était de bonne ou de mauvaise foi.

Le mari est administrateur des propres de la femme, comme il l'est des biens communs, quoique avec des pouvoirs plus restreints, ainsi qu'on peut le remarquer à l'occasion des baux de ces propres.

Nous savons que le bail rentre dans les attribu-

tions d'un administrateur ou d'un usufruitier : le mari a donc le droit de louer ou d'affermer, sans le concours de la femme, les biens personnels de celle-ci ; c'est souvent le seul moyen pour lui de leur faire rapporter des fruits, qui enrichiront d'autant la communauté. Durant la communauté, les baux faits par le mari n'intéressent que cette communauté, dont il est le chef, et l'on conçoit que la femme n'a pas qualité pour les contrôler. Mais, quand la communauté vient à se dissoudre, et que la femme reprend possession de son avoir, alors elle peut se trouver gênée par des baux, qui prolongent leur durée pendant son veuvage. La femme reprend à la dissolution de la communauté son droit d'administration ; faudra-t-il que ce droit soit limité par des baux passés par le mari et ayant une durée considérable ? et, si c'est la femme qui prédécède, ses héritiers auront-ils à subir des baux démesurés par leur longueur ?

Les coutumes s'étaient occupées de cette question. Quelques-unes, mais en grande minorité, appliquant le vieux principe, d'après lequel le nu-propriétaire n'est pas tenu d'entretenir le bail fait par l'usufruitier, déclaraient que la femme, à la dissolution du mariage, ne devait pas subir les baux faits par le mari. Ainsi, on lisait dans la Coutume de Blois, art. 179 : « Le mari ne peut louer l'héritage de sa femme outre le temps du mariage sans son consentement. »

En général cependant, elles conciliaient le droit

de la femme avec celui du mari, en décidant que les baux faits par le mari pour le temps accoutumé devaient tenir pour leur durée, même après la dissolution de la communauté.

Tel est le système adopté par le Code civil dans les art. 1429 et 1430. L'art. 1429 commence d'abord par donner force d'exécution aux baux à court terme, *locationibus ad modicum tempus factis*, comme dit Dumoulin. Par baux à court terme, on entend les baux de neuf ans au plus ; quand même la communauté se dissoudrait longtemps avant leur expiration, la femme devrait les laisser arriver à leur terme. Quant aux baux, qui excèdent neuf ans, ils ne lient la femme ou ses héritiers que pour le temps qui reste à courir soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite, de manière que le fermier ou le locataire n'ait que le droit d'achever la période de neuf ans, dans laquelle il se trouve.

La loi a poussé plus loin ses prévisions. On sait qu'un sage administrateur n'attendra pas les derniers jours d'un premier bail pour le renouveler ou louer à d'autres personnes ; il importe, en effet, qu'il n'y ait pas interruption dans la jouissance et par suite dans la perception des revenus. C'est ici qu'intervient l'art. 1430. Il permet de consentir nouveau bail dans les trois ans qui précèdent l'expiration du bail courant, s'il s'agit des biens ruraux, et dans les deux ans qui précèdent la même épo-

que, s'il s'agit de maisons. Il se peut donc qu'au moment de la dissolution de la communauté, la femme, ou ses héritiers soient tenus de subir un bail soit pendant douze ans dans la première hypothèse, soit pendant onze ans dans la seconde.

D'autres différences profondes existent entre le pouvoir d'administration du mari sur les biens communs, et son pouvoir d'administration sur les biens personnels de la femme.

Nous avons vu que le mari peut dissiper les biens communs, sans être tenu d'indemniser la femme. Il en est tout autrement quant aux biens personnels de celle-ci : il est administrateur comptable et responsable : s'il a laissé par négligence prescrire une créance de la femme, s'il a détérioré ou négligé d'entretenir en bon état ses immeubles, il doit l'indemniser. Il n'y a pas à s'occuper ici de la question de savoir s'il a agi frauduleusement, ou s'il s'est enrichi au détriment de sa femme ; un fait de la nature de ceux dont nous venons de parler, donne naissance, indépendamment de cette double considération, à une action en dommages-intérêts au profit de la femme. Il nous importe peu que ce soit une action de dol, une action *de in rem verso*, ou une action de mandat. Les articles 1471 et 1472 déterminent les conditions dans lesquelles cette action, qui est une véritable action en reprise, devra être exercée, et les garanties que la loi y attache. Nous ne saurions aller plus loin sur cette question, sans empiéter sur le

sujet de notre section suivante, qui traitera des droits de la femme.

Outre cette différence fondamentale entre les pouvoirs d'administration sur les biens communs et sur les propres de sa femme, nous pouvons en mentionner une seconde, qui n'est pas sans importance. Le mari a l'exercice de toutes les actions relatives aux biens de la communauté ; quant aux biens de la femme, il a les actions mobilières, et les actions immobilières possessoires : l'exercice des actions immobilières pétitoires est donc réservé à la femme et le mari n'y intervient qu'en vertu de son droit général de puissance maritale, pour donner son autorisation.

On a fait remarquer souvent ce que le refus de ces actions a d'incompatible avec le droit d'usufruit, qui appartient au mari sur ces biens. Il dépendra de la femme, a-t-on dit, de rendre ce droit stérile, en refusant de revendiquer un de ses biens, dont un tiers se serait emparé. On a répondu avec raison que le droit du mari est un droit réel, qui peut s'exercer sur le bien de la femme, même lorsqu'il est sorti de ses mains ; que, si le tiers possesseur le lui conteste, il a une action *confessoire* pour l'obliger à le reconnaître. Cette action a quelques rapports avec une véritable revendication, en ce sens que le mari, pour établir son droit, devra prouver que sa femme est propriétaire ; mais elle en diffère en ce que le jugement n'aura pour but et pour effet que de

rendre constant le droit d'usufruit du mari. Rien ne sera jugé quant au droit de propriété de la femme. Nous n'insistons pas plus longtemps sur cette question, qui n'offre, à notre avis, aucune difficulté.

Il existe un second cas, moins étudié par les auteurs, dans lequel le refus fait au mari des actions immobilières pétitoires de la femme pourrait entraîner pour lui la perte d'un droit, auquel, cependant, le Code attache une extrême importance. La femme, qui voudra se soustraire, pour l'aliénation de l'un de ses immeubles, à la nécessité de l'autorisation maritale, n'aurait qu'à mettre le tiers acquéreur en possession de cet immeuble ; rien, en pareille circonstance, ne s'opposerait, il nous semble, au cours régulier de la prescription ; et le mari, ne pouvant revendiquer, verrait, sans pouvoir s'y opposer, la femme échapper à son autorité.

Il suivrait de là que le tiers acquéreur, dont le mode d'acquisition serait connu, celui qui aurait acheté, par exemple, un immeuble de la femme, ou qui l'aurait reçu d'elle à titre de donation, mais sans intervention du mari, pourrait être attaqué par celui-ci, en vertu de l'art. 225 ; tandis que celui qui se serait mis de lui-même en possession deviendrait, avec la complicité de la femme, propriétaire de l'immeuble.

Une pareille conséquence nous répugne ; mais elle est logique, et nous ne savons guère comment

y obvier. Les tribunaux pourraient-ils permettre au mari d'intenter une action en revendication, au nom de la femme, c'est-à-dire de telle sorte que tous les actes de la procédure contiendraient le nom de celle-ci ? C'est plus que douteux.

On dit encore que le mari intentera l'action *confessoire* ; ou même, dans le cas où son droit d'usufruit ne lui serait pas contesté, il lui suffira d'exercer ce droit sur l'immeuble en litige. Dans le jugement ou dans la souffrance de l'exercice de l'usufruit, on peut voir de la part du tiers possesseur une reconnaissance du droit de celui contre lequel il prescrit, reconnaissance qui interrompt la prescription (art. 2248).

Malheureusement ce raisonnement tombe à faux. En effet, si le droit de propriété de la femme est établi par le mari, qui a intenté l'action confessoire, ce n'est qu'à l'égard du mari ; à l'égard de la femme, il n'y a rien de fait ; le jugement n'existe pas quant à elle. Or, c'est contre elle seule que court la prescription. Il ne s'agit pas de sauvegarder le droit d'usufruit du mari qui est désormais hors de contestation, et qui sera conservé par les actes d'exercice qu'il fera journellement : il ne s'agit pas du droit de la femme ; et nous pensons que, quant à elle, le jugement rendu sur le droit d'usufruit du mari, et l'exercice journalier de ce droit, ne peuvent être considérés comme des causes d'interruption de la prescription.

A notre sens, le parti le plus sage, que le mari

pourrait prendre dans ces circonstances, serait peut-être encore d'agir par une action collective et personnelle contre la femme et le tiers possesseur, et montrer qu'il y a eu donation déguisée et concert frauduleux dans le but d'éluder la nécessité de son autorisation.

Après avoir parlé du droit d'administration du mari sur les propres de sa femme, nous devons dire quelques mots de son droit d'usufruit sur ces mêmes biens.

Ces deux droits, quoique unis par les liens les plus étroits, ne doivent cependant pas être considérés comme absolument inséparables : rien ne s'oppose à ce que, la femme retenant la jouissance de ses biens propres, l'administration en soit confiée au mari. On peut même considérer comme possible en droit l'hypothèse inverse, quoique devant être très-rare en fait, le cas où la femme, laissant au mari, ou plutôt à la communauté l'usufruit de ses biens propres, s'en réserverait expressément l'administration.

Le droit d'administration des biens personnels de la femme appartient au mari, comme une conséquence de la puissance maritale; et, sauf réserve expresse, il ne peut appartenir qu'à lui. Quant à l'usufruit, il appartient à la communauté, cette personne morale, ayant pour patrimoine distinct et propre ce que chaque époux lui a apporté, et ayant le mari pour représentant. C'est, donc, elle qui est usufruitière des propres de la femme.

Nous savons sur quels biens porte cet usufruit; demandons-nous maintenant à quelles règles il est soumis.

De même que nous avons vu la qualité d'usufruitier exercer son influence sur les pouvoirs d'administration du mari et obliger à lui reconnaître le droit d'intenter une action confessoire, qui est presque une revendication et dépasse les pouvoirs d'un simple administrateur, de même nous allons voir cette qualité d'administrateur et de chef de la communauté introduire ici, tant en faveur du mari que contre lui, diverses modifications aux droits et aux devoirs d'un usufruitier ordinaire.

Parmi ces modifications, les unes sont signalées par le Code; les autres, sur lesquelles il a gardé le silence, résultent de la combinaison des textes ou des principes.

L'art. 548 pose un principe d'équité et de doctrine tout à fait général : il est ainsi conçu : « Les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais de labours, travaux et semences faits par des tiers. » Ce principe, appliqué aux rapports de l'usufruitier et du nu-propriétaire, conduirait à dire que le propriétaire, reprenant, à la fin de l'usufruit, son bien ensemencé par l'usufruitier, devrait tenir compte à celui-ci de ses frais de culture et d'ensemencement, et, par conséquent, que l'usufruitier devrait de même tenir compte au

propriétaire de la valeur représentée par ces mêmes dépenses lors de son entrée en jouissance. L'application du principe de l'art. 548 a été écartée, quant à l'usufruitier proprement dit, par la disposition exceptionnelle de l'art. 585, qui a eu pour but d'éviter, entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, des comptes difficiles, d'où pourraient naître de nombreuses contestations. Lequel de ces deux articles appliquerons-nous au mari, chef et représentant de la communauté, et usufruitier des biens de la femme? Sera-ce la disposition générale de l'art. 548, ou la disposition exceptionnelle de l'art. 585? Devra-t-il indemniser la femme des frais de labour et semence, et la femme, à la dissolution de la communauté, devra-t-elle, en reprenant la jouissance de ses biens, indemniser le mari de ces mêmes frais?

La première partie de la question nous semble devoir être écartée par une observation bien simple, et qui la rend inutile. En effet, si la femme a droit à une indemnité, ce sera une créance mobilière qui tombera dans la communauté dès son ouverture. A quoi bon reconnaître à la femme un droit contre la communauté, lequel, passant immédiatement dans le patrimoine de celle-ci, va être éteint par confusion?

Quant à la seconde partie de notre question, elle ne peut pas être éludée de la même manière, et nous devons nous prononcer entre l'art. 548 et l'art. 585.

Le soin scrupuleux avec lequel le Code a organisé la théorie des récompenses entre les époux et la communauté, la rigueur avec laquelle il prohibe tout ce qui pourrait ressembler à une libéralité déguisée entre eux, nous oblige à admettre ici l'application de l'art. 548. La femme devra donc indemniser la communauté des frais de labour et semences faits sur un de ses propres, et dont le produit n'aura pas été perçu par elle. Nous verrons quelle modification doit être apportée à la solution que nous donnons en ce moment, sous le régime dotal, à cause de la disposition spéciale de l'art. 1571, qui assimile les fruits naturels aux fruits civils, quant au mode de perception.

Cette solution, que les rédacteurs du Code n'ont pas cru devoir nous donner toute faite, était écrite dans la Coutume de Paris, dont l'art. 231 était ainsi conçu : « Les fruits des héritages propres, pendant par les racines au temps du trépas de l'un des conjoints, appartiennent à celui auquel appartient l'héritage, *à la charge de payer la moitié des labours et semences.* »

Ce que nous venons de dire nous fournit l'occasion de faire remarquer que, sous le régime de la communauté, le principe que les fruits naturels s'acquièrent par la perception est conservé. Les récoltes des biens propres de la femme appartiennent donc, soit à la femme, soit à la communauté, suivant qu'elles seront séparées du sol après ou avant la dissolution de la communauté : sauf pour

la femme, le droit de prouver que le mari a frauduleusement coupé les fruits avant leur maturité; et, inversement, sauf le droit des héritiers du mari de prouver que, dans le but d'avantager illégalement sa femme, le mari a laissé passer l'époque de la maturité des fruits sans faire la récolte, prévoyant que la communauté se dissoudrait dans l'intervalle.

Une exception, cependant, a été apportée à ce principe par l'art. 1403. Cet article statue que, si des coupes de bois qui, en suivant les règles ordinaires et les usages des lieux, doivent être faites pendant la communauté, n'ont pas été faites, l'époux, à qui appartiennent ces bois, en doit compte à l'autre époux (il faut lire : *à la communauté ;* c'est par une confusion des conséquences de ces expressions que le rédacteur de l'art. 1403 a pris la première pour la seconde). Nous pouvons ajouter, inversement, que si le mari a fait, avant l'époque régulière des coupes de bois sur les biens de la femme, et que la communauté vienne à se dissoudre avant le moment où ces coupes auraient dû être faites, celle-ci devra récompense à la femme, sans préjudice des dommages-intérêts qu'elle pourrait exiger de son mari pour la perte qui aurait pu résulter de cette coupe hâtive.

Cette disposition de l'art. 1403 a été dictée par la même raison, qui nous a semblé devoir imposer la solution que nous avons donnée dans la question précédente, le désir du législateur d'en-

lever aux époux tout moyen de se faire des libéralités déguisées.

On peut se demander si cette relation intime entre les deux cas qui viennent de nous occuper, ne doit pas nous conduire à appliquer directement l'art. 1403-2° aux récoltes ordinaires, et si nous n'avons pas faussement interprété le silence du Code, en exigeant la preuve d'une intention frauduleuse chez le mari, qui aurait hâté ou retardé l'époque de la récolte, pour exiger une récompense de la communauté ou de la femme.

Quoique la question soit délicate et de nature à soulever des difficultés, nous croyons, cependant, devoir persister dans l'opinion que nous avons émise ci-dessus, et voici nos raisons.

Si les rédacteurs du Code avaient entendu formuler dans l'art. 1403-2° une règle générale, il nous semble qu'ils auraient procédé autrement, et n'auraient pas pris pour exemple des coupes de bois, qui sont des récoltes d'une nature particulière, se faisant à des intervalles très-éloignés et représentant une valeur considérable. A raison de cette importance, et de la facilité avec laquelle la preuve d'un retard ou d'une trop grande hâte peut être faite, à raison aussi de la multiplicité des causes, qui ont pu retarder cette opération, qui exige un travail considérable, on conçoit que le législateur n'avait voulu mettre aucune entrave à un débat sur le point de savoir s'il y a lieu à indemnité.

Les circonstances sont complétement différentes lorsqu'il s'agit de récoltes ordinaires, et non-seulement l'on ne peut rien déduire par un raisonnement d'analogie de l'art. 1403-2e ; mais nous nous croyons autorisé, à cause de ces différences incontestables, à raisonner par *a contrario*, et à considérer la disposition dont nous parlons comme exceptionnelle.

Mais, nous dira-t-on, le seul fait d'enrichissement d'un époux au détriment de la communauté, ou réciproquement, donne lieu à indemnité, indépendamment de toute question d'intention frauduleuse.

Cette objection, vraie en elle-même, contient au fond une pétition de principe. Il est vrai que tout enrichissement donne lieu à récompense; mais il faut le prouver, et nous prétendons qu'ici la loi ne veut en admettre la preuve qu'à la condition de prouver préalablement l'intention frauduleuse. Ne mettre aucune entrave à cette preuve, ce serait laisser la porte ouverte à des procès en nombre infini et d'une difficulté inextricable. Ce n'est pas chose facile de prouver, après six mois, ou un an, au plus, que telle récolte a été faite, huit jours trop tôt ou huit jours trop tard. Aussi conçoit-on très-bien que la loi, pour arrêter de tels procès, dise au demandeur, à l'héritier du mari par exemple : Prouvez-moi d'abord que le mari voulait faire des libéralités à sa femme : cette première preuve rendra votre prétention vraisem-

blable, et je vous autoriserai ensuite à prouver que la récolte a été faite plus tard que de coutume.

Enfin, ajoutons à ces considérations cet argument, qui nous semble plus convaincant encore : la règle générale est que l'usufruitier devient, par la perception des fruits naturels, propriétaire définitif de ces fruits : l'art. 1403 introduit une exception à ce principe ; les exceptions sont de droit étroit, et tout nous défend de l'étendre aux autres récoltes.

Nous devons mentionner quelques autres modifications introduites dans les règles de l'usufruit par la qualité d'administrateur qui appartient au mari.

L'usufruitier ordinaire doit donner caution : le mari usufruitier des propres de sa femme en est dispensé.

L'usufruitier ordinaire n'est pas obligé de faire les grosses réparations ; le mari doit les faire sous peine d'être déclaré responsable de la perte de l'immeuble, survenue par sa négligence.

Enfin l'usufruitier ordinaire n'a pas droit à se faire indemniser pour les améliorations qu'il a faites sur les biens sur lesquels porte son droit d'usufruitier ; le mari au contraire peut exiger une indemnité.

Les développements, que nous aurons à fournir sur ces trois points, trouveront mieux leur place dans la partie de cette thèse où nous traiterons des pouvoirs du mari sur les biens de la femme sous le régime dotal. Nous n'aurons à

nous occuper alors que des questions d'usufruit sans être gêné par l'intervention continuelle de l'idée de communauté.

Nous ferons cependant, quant à la dernière question que nous avons indiquée, une observation qui ne peut être placée qu'ici. C'est que, sous le régime de communauté dont nous nous occupons en ce moment, le mari qui demande une indemnité pour les améliorations qu'il a faites sur les biens propres de sa femme, la demande au nom et comme chef de la communauté, et à titre de récompense due à cette dernière qui a fourni les fonds nécessaires. Sous tout autre régime, et notamment sous le régime dotal, c'est le mari lui-même comme administrateur qui aurait droit à cette indemnité, et c'est par une sorte d'action de mandat ou de gestion d'affaires, qu'il devrait la demander.

Sous le régime de communauté, la théorie des récompenses ne lui donne qu'une action par laquelle il ne pourra obtenir que la plus-value résultant de ses dépenses d'amélioration (*actio de in rem verso*), ou seulement l'équivalent de ces dépenses, si leur somme est inférieure à la plus-value qui en est résultée.

SECTION IV

POUVOIRS DE LA FEMME SUR SES BIENS PERSONNELS

Nous suivrons pour l'étude de cette partie de notre sujet la division que nous avons tracée dans notre dernière section, relative aux droits et pouvoirs de la femme sur les biens communs.

Du droit de propriété, que la femme conserve sur les biens dont nous nous occupons en ce moment, découle pour elle une série de droits dont les uns ont pour but de sanctionner les restrictions apportées aux droits du mari et de la protéger contre son omnipotence, et les autres la mise en exercice directe et immédiate de ce droit de propriété.

Les premiers comprennent : 1° le droit de demander compte au mari de son administration; 2° le droit d'invoquer la nullité des aliénations qu'il a faites en violation de l'art. 1428-3° ; et 3° le droit, en cas d'insuffisance de ces deux premiers moyens, de demander contre le mari dissipateur ou négligent la séparation de biens.

Nous avons vu, en ce qui concerne la responsabilité du mari administrateur des biens communs, que la femme n'a de comptes à lui demander que s'il s'est enrichi ou s'il a agi frauduleusement ; mais nous avons fait observer que cette théorie n'était pas applicable à l'administration des biens propres de la femme. Nous devons entrer dans quelques détails sur ce dernier point.

L'art. 1428-4° est ainsi conçu : « Le mari est responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme, causé par défaut d'actes conservatoires. » Ce texte ne peut laisser aucun doute sur les intentions des auteurs du Code. Le mari n'est plus *seigneur et maître* ici ; il est administrateur et mandataire. Il doit administrer en bon père de famille, et nous ne doutons pas qu'en sa qualité de chef de la famille il ne soit tenu plus sévèrement qu'un mandataire ordinaire d'administrer sagement les biens qui lui sont confiés, et qu'il ne réponde même de sa faute légère.

La femme aura donc action contre lui, toutes les fois qu'une simple négligence de sa part aura compromis ou endommagé un de ses biens. Le mari a laissé, faute de réparations, s'écrouler un bâtiment appartenant à la femme, il a laissé sans culture une propriété qui, par suite de ce défaut d'entretien, a diminué de valeur ; il a négligé d'interrompre une prescription ou de poursuivre un créancier de la femme, qui est devenue insolvable ; une succession étant échue à la femme, il a négligé de faire dans les six mois la déclaration prescrite par les lois fiscales et a encouru le double droit; dans tous ces cas, et dans beaucoup d'autres qu'il est inutile de citer et qu'on ne peut tous prévoir, il est exposé à une action en dommages-intérêts de la part de sa femme.

Mais remarquons ici un singulier effet de la théorie du Code, qui reconnaît au mari, en sa

qualité de seigneur et maître de la communauté, le droit de grever les biens communs par les obligations qui naissent même de ses fautes. Lorsque le mari a commis une faute dans l'administration des biens de la femme, il est tenu à l'égard de celle-ci d'une obligation de réparation du préjudice causé. Mais cette obligation tombe dans la communauté ; et la femme va se trouver obligée, par suite d'un préjudice qu'elle aura éprouvé à la réparation de ce préjudice ! C'est assurément bien bizarre, et l'on comprend qu'une telle observation fournisse un puissant argument contre la théorie dont nous avons parlé. Que se passe-t-il, en effet ? La femme, étant à la fois débitrice pour moitié des dommages-intérêts, et créancière pour le tout, il se produit une confusion qui éteint la moitié de la dette; il suit de là, en définitive, que si l'immeuble de la femme avait été détérioré par un tiers quelconque, elle se ferait indemniser de toute la perte qu'elle a éprouvée ; mais, parce que c'est son mari qui est l'auteur du préjudice, elle ne sera indemnisée que de moitié.

Si, voulant pousser à l'extrême les conséquences de ce système, nous considérons le cas où l'obligation du mari, au lieu de naître d'une faute commise dans l'administration des propres de la femme, est née d'un délit commis sur sa personne même, délit de coups et blessures, par exemple, cette obligation à réparation civile

tombe définitivement dans la communauté, et la femme devra supporter la moitié de la condamnation.

Quelques auteurs, admettant en principe que le mari est seigneur et maître des biens communs tant à l'égard de la femme qu'à l'égard des tiers, et qu'il ne répond que des cas de fraude et d'enrichissement, reculent devant les conséquences que nous venons de signaler. MM. Rodière et Pont, notamment (t. II, n° 673), et Mourlon (t. III, n° 173), après avoir admis la théorie, presque incontestée, de l'irresponsabilité du mari, considèrent la dette dont nous parlons comme personnelle au mari, et la rangent, sans même soulever aucune contestation, parmi les dettes d'époux à époux. Nous préférons, quant à nous, admettre toutes les conséquences du principe que nous croyons être celui du Code.

Quant à ses biens personnels, la femme peut demander compte au mari de tous ses actes de gestion et celui-ci, n'en étant ni propriétaire ni seigneur et maître, ne peut en aucun cas les grever par ses obligations ; même après la dissolution de la communauté, la femme peut les protéger contre l'effet des obligations contractées par le mari, et qui lui incombent pour moitié, par le bénéfice de l'art. 1483.

Dans la première classe de droits appartenant à la femme, au sujet de ses biens personnels, nous avons rangé en seconde ligne, le droit de s'oppo-

ser aux aliénations faites par le mari et d'en poursuivre la nullité. Nous avons eu à nous occuper, quant aux biens communs, d'une question semblable. mais il ne s'agissait que de la nullité de certaines donations. Ici, le mari n'ayant aucun droit de disposition, nous aurons à examiner successivement les droits de la femme en cas d'aliénation à titre onéreux et à titre gratuit.

Et d'abord qu'advient-il des actes d'aliénation à titre onéreux, faits par le mari seul, contrairement à la prohibition de l'art. 1428 ?

Il n'y a point difficulté, lorsque le mari, s'exagérant ses pouvoirs, a vendu un immeuble, en déclarant qu'il appartenait à la femme, ou lorsque, en l'absence d'une pareille déclaration, l'acquéreur a eu connaissance de cette particularité ; alors en vérité il n'y a pas vente ; partant, point de garantie ; et tout ce à quoi aura droit celui qui a traité avec le mari, lorsque la femme revendiquera son immeuble, ce sera la répétition du prix qu'il a donné sans cause.

Mais, lorsque le mari a vendu un propre de la femme, comme lui appartenant, à un acquéreur de bonne foi, la réponse a paru épineuse et beaucoup plus délicate à nos auteurs tant anciens que modernes. Sans nous égarer dans l'exposition des différents systèmes qui ont été émis à ce propos, nous nous bornerons à présenter notre opinion, en l'appuyant aussi brièvement que possi-

ble de quelques observations qui nous paraissent être l'expression de la vérité.

A notre avis, à la dissolution de la communauté, la femme aura le droit soit, aux termes de l'art. 1433, de prélever sur les biens communs le prix de l'immeuble aliéné, soit de revendiquer cet immeuble entre les mains du tiers acquéreur. La revendication sera sans condition, si la femme renonce à la communauté ; alors, le mari seul, propriétaire exclusif des biens communs, devra restituer le prix et tous dommages-intérêts. En cas d'acceptation de la communauté, la femme pourra toujours revendiquer, mais à la condition de restituer la moitié du prix de l'immeuble, et de payer la moitié des dommages-intérêts, à moins que, ce total excédant sa part dans la communauté, elle ne se retranche derrière l'art. 1483, après avoir payé jusqu'à concurrence de son émolument; cette dernière restriction ne fait pas difficulté. Mais, un doute semble s'élever, lorsqu'on se demande jusqu'à quel point la femme, qui accepte, a le droit de revendiquer l'immeuble. Ainsi, on dit que, par le fait de l'acceptation de la communauté, la femme a pris à sa charge une partie des obligations du mari : comme lui, par conséquent, elle est garante pour moitié au moins de l'aliénation qu'il a faite de son propre ; par suite, elle ne pourra revendiquer que la moitié de l'immeuble. Certains auteurs vont même plus loin, et s'appuyant sur l'indivisibilité de la garan-

tie, ils déclarent que la femme ne pourra revendiquer son immeuble pour aucune portion. A notre sens, ces raisonnements pêchent par la base : en effet, nous n'admettons pas que la femme soit garante. Autrement à quoi servirait l'art. 1428-3° ? Ne serait-il pas violé, si on pouvait opposer à la femme une fin de non-recevoir, totale ou partielle ? L'aliénation du mari ne porterait-elle pas une véritable atteinte au droit de propriété de la femme ? L'erreur dans laquelle ces auteurs sont tombés ne se comprend que par une fausse assimilation des effets qu'entraîne l'acceptation de la communauté avec ceux qui découlent de l'acceptation d'une succession. Oui, l'héritier est au lieu et place de l'auteur, qu'il représente : Si celui-ci est garant, l'héritier est aussi garant. Mais, ici, la femme n'est pas héritière de son mari ; elle ne le représente pas et n'est pas en son lieu et place. Ce n'est qu'en qualité d'associée qu'elle peut être tenue des obligations contractées par son mari : par conséquent, elle n'est pas obligée à la garantie, pas plus que n'y serait obligé un associé, dont le coassocié aurait vendu l'immeuble. Rien ne s'oppose donc à la revendication de son propre : mais, en sa qualité de commune en biens, elle sera tenue de restituer la moitié du prix et de payer la moitié des dommages-intérêts, parce que ce sont autant de dettes grevant la communauté ; ce qui justifie et explique suffisamment l'opinion que nous avons émise.

Quant aux aliénations à titre gratuit que le mari a faites des biens personnels de la femme, celle-ci pourra encore plus pleinement exercer son action en revendication ; en effet, elle n'aura pas, comme conséquence de son action, à subir une diminution dans sa part de la communauté. Il faudrait cependant assimiler une constitution de dot à une aliénation à titre onéreux.

Jusqu'ici, nous ne nous sommes occupés que du droit de la femme, après la dissolution de la communauté. Quel est-il durant la communauté ? La femme pourra-t-elle revendiquer avec l'autorisation de justice seulement ?

Nous pensons, contrairement à l'opinion la plus généralement admise, que la femme autorisée seulement de justice, peut agir contre le tiers acquéreur pendant la communauté, et nous refusons absolument d'admettre qu'elle soit obligée d'attendre la dissolution du mariage ou la séparation de biens. La plupart des auteurs modernes opposés à la théorie que nous soutenons, invoquent d'abord des considérations morales, relatives à l'intérêt de la paix de la famille et au respect dû au mari. « Comment serait-il possible, dit M. Troplong, qu'une femme non séparée agît contre son mari, plaidât contre lui, le signalât comme un usurpateur ? Où serait le respect pour l'autorité maritale ? Ces considérations peu juridiques ne nous touchent pas. Nous attachons la plus grande importance au maintien de l'union

dans la famille ; mais nous nous garderons bien d'autoriser sous ce prétexte tous les abus de pouvoir du mari, et de lui permettre, lorsque, non content des droits immenses que la loi lui accorde, il aura cherché à détourner et à dissiper, peut-être pour ses plaisirs, les biens de la femme, de venir se retrancher derrière sa qualité de mari et se déclarer inviolable. Sa situation ne nous semble pas assez digne d'intérêt pour faire échec dans le but de lui éviter une poursuite en dommages-intérêts, au principe qu'un propriétaire dépouillé a le droit de revendiquer son bien où il le trouve. Au surplus, la femme sera meilleur juge que qui que ce soit de cette question ; et elle pourra, si elle le veut, retarder ses poursuites.

On nous dit encore : la femme n'a aucun intérêt à agir pendant le mariage ; ce n'est pas elle qui jouira de son bien ; l'usufruit appartient au mari ; elle n'a pas à craindre la prescription : l'art. 2256-2° la protége.

Rien n'est plus faux, à notre avis, que cette assertion. N'est-il pas évident que la femme doit mieux aimer voir les produits d'un bien qu'elle a apporté pour aider à l'entretien de sa famille, employés à leur véritable destination, que de les laisser entre les mains d'un tiers qu'elle ne connaît pas? Il n'y a pas, il nous semble, de discussion possible ; mais elle a un autre intérêt bien plus considérable encore ; si elle n'a pas à craindre la prescription, elle a à craindre que le tiers pos-

sesseur ne détériore l'immeuble, qu'il ne fasse des coupes de bois ou des démolitions. Et vous voulez que la femme, par respect pour son mari, qui a voulu la duper, assiste impuissante à la perte de ce bien, qui est peut-être la seule ressource de la famille! D'Argentré, sur la coutume de Bretagne, art. 419, et Lebrun, *Traité de la Communauté*, p. 199, ont protesté contre une pareille conclusion ; nous protestons comme eux. Il va sans dire dans notre système que la femme autorisée de son mari, peut, à bien plus forte raison, revendiquer son immeuble.

Nous avons cité comme faisant partie de la série des droits de la femme, que nous avons appelés droits défensifs, et qui lui appartiennent à l'occasion de ses biens propres, le droit de demander la séparation des biens. Ce n'est pas seulement, lorsque le mari compromet les biens communs et ses biens propres, au point de mettre en péril les droits et reprises de la femme, que celle-ci peut demander la séparation des biens, c'est aussi et surtout lorsqu'il compromet les biens personnels de la femme ; et le fait qu'il est, quant à ces biens, responsable de son administration n'empêche pas que ce droit ne soit pour la femme très efficace et très utile ; car, le plus souvent, le mari qui dissipe les biens de sa femme, dissipe aussi les siens ; et la responsabilité d'un insolvable n'est pas une garantie. Du reste, nous allons consacrer le chapitre suivant à l'étude de la situation

particulière créée à la femme par la séparation de biens.

Arrivons à l'étude de la seconde catégorie de droits, que nous avons reconnus à la femme, quant à ses biens personnels; ce sont ceux que nous avons appelés droits positifs, et qui ont pour but la mise en exercice directe et immédiate de ce droit de propriété.

La femme étant seule propriétaire des biens que la loi ou les conventions lui ont réservés comme propres, peut, en principe, exercer sur eux les droits ordinaires d'un propriétaire. Deux restrictions cependant doivent être apportées à ce libre exercice.

La première résulte de son état de femme mariée et des lois sur la puissance maritale, qui soumettent la femme, malgré son droit absolu de propriété, à l'autorisation du mari, par tous les actes qu'un propriétaire ordinaire pourrait faire librement. Ces lois étant d'ordre public et rigoureusement impératives, les conventions ne peuvent pas les modifier.

La seconde restriction résulte du droit d'administration et du droit d'usufruit, qui appartiennent au mari et à la communauté.

Les dispositions du Code qui établissent et réglementent ces deux droits d'administration et d'usufruit, n'ont pas ce caractère d'ordre public que nous venons de signaler dans les dispositions relatives à la puissance maritale. Elles ne sont pas

impératives : elles sont seulement interprétatives de la volonté des parties ; elles peuvent, par conséquent, être modifiées par des conventions spéciales. Ces modifications peuvent être introduites de plusieurs manières et dans des limites plus ou moins restreintes. Quelques explications sont nécessaires à ce sujet.

Le mari peut, pendant le mariage, donner mandat à sa femme d'administrer ses biens propres. Mais il faut voir là, non une modification introduite dans les règles ordinaires de la communauté, mais bien plutôt l'affirmation du droit d'administration du mari, se révélant par une sorte de délégation qu'il en fait à sa femme. La femme serait responsable, comme tout mandataire, si son administration négligente ou incapable ne faisait pas produire à ses biens les revenus que le mari est en droit d'en attendre.

Une convention qui, pendant le mariage, attribuerait à la femme non-seulement l'administration, mais la jouissance de ses propres, devrait être annulée par application de l'art. 1395.

Supposons maintenant, et ici nous arrivons à la partie intéressante de notre question, que c'est dans le contrat de mariage qu'a été insérée la clause attribuant à la femme l'administration de tout ou partie de ses propres. Il est incontestable qu'alors c'est une modification qui est apportée aux dispositions du Code sur les pouvoirs du mari en communauté. Nous avons dit que cette clause était valable.

N'y a-t-il pas contradiction avec la solution que nous avons donnée plus haut, quand nous nous sommes demandé quelles modifications pouvaient être introduites dans les pouvoirs du mari sur les biens communs ? Il n'y a, croyons-nous aucune contradiction.

La solution négative que nous avons donnée précédemment à la question de savoir si l'administration des biens communs pouvait être donnée à la femme par une clause du contrat de mariage, est basée sur ce fait que les biens communs sont le patrimoine de la famille, que l'administration de ce patrimoine appartient de droit au chef de la famille, et que le mari qui s'en démet abdique cette qualité, ce qui lui est rigoureusement défendu.

Il en est tout autrement des biens personnels de la femme, qui n'appartiennent qu'à elle seule : et l'art. 223 ne permet pas de douter que les auteurs du Code n'aient voulu consacrer cette différence.

Une disposition d'un contrat de mariage avec adoption du régime de communauté pourrait encore valablement réserver à la femme l'usufruit de ses biens personnels. L'art. 1534 implique cette solution pour le cas où la réserve porte sur un bien déterminé faisant partie du patrimoine de la femme. C'est à ce point de vue particulier que se placent les auteurs en traitant cette question. Nous n'en croyons pas moins que la proposition que nous venons d'énoncer est applicable même au cas où la réserve porterait sur

l'usufruit de tous les biens de la femme. L'usufruit d'une masse de biens n'est, après tout, qu'un bien particulier, susceptible d'une clause de réalisation, comme tout autre bien qui devrait tomber en communauté. Le régime résultant de cette clause ressemblera beaucoup à une véritable séparation de biens. Il en différera cependant en deux points :

1° Le mobilier de la femme tombera en communauté.

2° Si l'usufruit seul a été réservé à la femme, l'administration, pour tout ce qui n'en restera pas inséparable, restera au mari. Nous ne pensons pas, en effet, que ces deux droits doivent nécessairement être réunis dans les mêmes mains.

3° Un autre moyen, pour restreindre au profit de la femme, les droits d'administration et d'usufruit du mari sur ses biens personnels, c'est une clause expresse insérée dans une donation ou un testament fait en faveur de la femme, par laquelle le tiers donateur ou testateur fait lui-même cette réserve. Nous n'insisterons pas sur ce troisième moyen, qui nous entraînerait hors de notre sujet.

Mais revenons au droit commun et supposons qu'aucune clause exceptionnelle n'a modifié la condition des propres de la femme, telle qu'elle est réglée par le Code. Il reste à la femme le droit absolu de disposer soit par des aliénations à titre onéreux, soit par des donations, soit en contractant des obligations. Toutefois, pour que ces actes

soient valables, il faut que, lorsqu'elle les accomplit, elle soit relevée de son incapacité par l'autorisation de son mari ou de justice. L'autorisation de son mari lui permet de disposer de la pleine propriété ; celle de justice ne peut lui permettre de porter atteinte au droit d'usufruit du mari, et ne la rend capable que quant à la nue propriété.

Nous terminerons notre étude sur les droits de la femme, quant à ses biens personnels, par l'examen de la question de savoir, si elle peut exercer pendant le mariage les actions relatives à ces biens, ou si la loi a entendu les réserver au mari seul. Tout d'abord, nous ne voulons pas parler des actions pétitoires immobilières, qui n'appartiennent qu'à la femme, et qu'elle seule, dûment autorisée, peut exercer.

Il s'agit des actions mobilières et possessoires. L'opinion générale reconnaît, en principe, à la femme le droit de les exercer, soit avec l'autorisation du mari, soit, s'il la refuse, avec celle de la justice.

Cette opinion, que nous nous empressons d'admettre, se fonde sur la comparaison de la rédaction de l'art. 1428-2°, et celle de l'art. 1549. « Le mari, dit l'art. 1428, *peut exercer seul* toutes les actions mobilières et possessoires, qui *appartiennent* à la femme. » L'art. 1549 dit, au contraire : « Le mari *a seul* le droit de poursuivre.... etc. » C'est ainsi que les rédacteurs du Code se seraient

exprimés dans l'art. 1428, s'ils avaient entendu refuser à la femme le droit d'agir.

CHAPITRE II

CONDITION DE LA FEMME SOUS LE RÉGIME DE LA SÉPARATION DE BIENS

A part deux différences que nous aurons à noter plus loin, il n'y a pas à distinguer la séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire.

Des auteurs ont prétendu que celle-ci conférait à la femme une capacité plus étendue : ainsi, la femme séparée de biens par contrat n'aurait pas, comme la femme séparée judiciairement, le droit de disposer de son mobilier et de l'aliéner. L'art. 217, disent-ils, défend à la femme séparée de biens d'aliéner sans autorisation. L'art. 1449, quand il s'agit de meubles, lève la prohibition pour la femme séparée judiciairement ; mais la règle reste entière pour la femme séparée par contrat de mariage ; et cette interprétation se confirme par l'art. 1536 ; les droits de la femme, qui a stipulé la séparation de biens, y sont réglementés ; elle n'a que l'entière administration de ses biens *meubles et immeubles* ; il n'est pas question de la disposition des biens meubles. Ce texte est bien d'accord avec l'art. 217. On ajoute, pour justifier rationnellement cette différence, que le mauvais

état des affaires du mari, amenant une séparation de biens judiciaire, met ordinairement la femme dans une plus grande gêne, qui nécessite de sa part l'emploi de plus grandes ressources.

La réponse est facile. L'art. 1449 traite de la séparation de biens judiciaire ; l'art. 1536, de la séparation contractuelle. Or, l'art. 1536 accorde à la femme séparée conventionnellement l'entière administration de ses biens ; de même que l'art. 1449 l'accorde à la femme séparée par jugement. Mais le droit d'administration de l'art. 1536 emporte par son étendue le droit de disposer du mobilier. En effet, la loi semble restreindre à l'aliénation des immeubles, en matière de contrats, l'incapacité minimum de la femme séparée de biens. « Dans aucun cas, dit l'art. 1538, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée de justice. » A quoi bon cette prohibition, si la femme est déjà affectée d'une incapacité générale d'aliéner ? Faudra-t-il supprimer cet art. 1538, comme inutile ? Ou bien n'est-il pas plus logique de reconnaître à la femme séparée judiciairement comme à la femme séparée contractuellement, le pouvoir d'aliéner les meubles ?

La considération rationnelle tirée du mauvais état des affaires du mari dans l'hypothèse d'une séparation judiciaire, et invoquée par nos contradicteurs, n'est pas sérieuse, car la détresse du

mari serait au contraire une raison pour veiller plus attentivement encore à la conservation des biens de la femme, à leur bonne administration, puisqu'ils restent comme dernière et unique ressource aux besoins de la famille.

Donc la capacité de la femme séparée de biens est la même, que la séparation procède du contrat de mariage ou d'un jugement.

Quelle est cette capacité ?

Elle consiste en ce que, sans l'autorisation du mari, la femme peut faire un certain nombre d'actes. L'art. 1449 détermine avec peu de précision les actes permis à la femme séparée et ceux qui lui restent interdits. « La femme, dit cet article, séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement, en reprend la libre administration. Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice à son refus. » La femme, avant le mariage, administrait elle-même ses biens ; pendant la communauté, c'est le mari qui avait cette administration (art. 1428); la séparation de biens prononcée, la femme *reprend* (1449) l'administration abandonnée au mari au cours de la communauté, et par suite la jouissance de ses biens.

Il semble que, pour déterminer les pouvoirs de la femme séparée de biens, il faille déterminer ceux du mari au cours de la communauté et les attribuer à la femme séparée.

Il n'en est pas ainsi, pas plus pour la femme séparée que pour la femme commune, qui s'est réservé l'administration de ses propres. Jamais elle ne pourra plaider (art. 215), le procès n'entamât-il que le dixième de ses revenus (Cass., 13 nov. 1844; Sirey, 1845, I, 45). Nous signalerons plus loin en passant d'autres différences. La règle est donc assez vague. La femme séparée est capable de faire les actes d'administration ; mais elle reste incapable de faire les actes de disposition en général. La difficulté est de savoir ce qu'il faut entendre dans l'espèce par acte d'administration et acte de disposition.

En vertu de son droit d'administration, la femme peut toucher ses revenus, en poursuivre le recouvrement par voie d'exécution ; louer ses immeubles pour un temps qui n'excède pas neuf ans (art. 595, 1429 et 1718).

Recevoir ses capitaux et en donner décharge avec mainlevée des inscriptions hypothécaires prises pour sûreté du créancier ;

Contracter des obligations nécessitées par cette même administration : faire le placement de ses fonds disponibles ;

Vendre ses meubles corporels et incorporels ou en disposer à titre onéreux quelconque (art. 1449), toujours pour les besoins de son administration.

Sur ces points, pas de difficulté sérieuse.

Mais, privée du droit de disposition de son pa-

trimoine immobilier, la femme ne peut, sans autorisation :

1° Aliéner ses immeubles à titre onéreux ou gratuit, ni les grever de servitudes ou d'hypothèques (1449-3°);

2° Transiger sur ses droits immobiliers, ni compromettre sur une contestation quelconque ;

3° Ester en justice, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, quelle que soit l'importance du procès, qu'il touche aux capitaux ou aux revenus.

Sur ces trois points, pas de difficulté non plus. Ajoutons que, par un autre motif, injurieux pour la femme, quoi qu'en disent les auteurs, la femme, même séparée, ne peut accepter une donation sans l'autorisation de son mari. (Art. 934.)

Hors de là, tout est malheureusement controversé dans cette matière importante. Examinons les principales questions.

La femme, séparée de biens, peut-elle, sans autorisation, vendre ses meubles corporels on incorporels d'une manière indéterminée, en dehors des limites d'une sage administration?

Nous le croyons, au moins dans une certaine mesure ; car il nous paraît qu'une *libre* et *entière* administration doit emporter dans son intérêt même une large faculté de disposer du mobilier.

Cependant une opinion, représentée par des autorités considérables, MM. Demolombe (t. IV, p. 155) et Marcadé (sur l'art. 1449, n° 3), voudrait

que l'aliénation mobilière, faite par la femme, fût annulable, dès l'instant que, par son objet et son importance, elle ne présente plus les caractères de simple acte d'administration.

« Ce n'est finalement, dit M. Demolombe, que pour cause d'administration, que comme moyen d'administration que la femme a reçu le droit de disposer de son mobilier. Après avoir fait à la sécurité et à la bonne foi des tiers la grande part qui lui est due, nous concluons également que, si l'acte par lequel la personne voudrait disposer de son mobilier était néanmoins tel par son caractère, qu'à première vue les tiers dussent certainement reconnaître qu'il ne constitue pas un acte d'administration, il ne pourrait pas être consenti par elle sans autorisation. »

Mais, même en cas de doute, nous opterions pour la validité de l'aliénation faite par la femme non autorisée. En effet, ce système de M. Demolombe nous semble dangereux, quoiqu'il ait été confirmé par plusieurs arrêts (Cass. en l'année 1825; Caen, 6 mars 1844; Paris, 28 juin 1851, 27 novembre 1857 ; Poitiers, 3 février 1858). Il ferait naître une foule de contestations qui ne seraient vidées que par une appréciation plus ou moins arbitraire. Comment les tiers feront-ils pour vérifier les causes de l'aliénation du mobilier?... Comment savoir si la valeur des effets vendus révèle de la part de la femme un acte d'administration ou de disposition ? Désormais, plus de sécurité dans ces ven-

tes, et une foule de procès surgiront. Un pareil système est, nous ne craignons pas de le dire, un piége tendu à la bonne foi des tiers. Disons donc que c'est pour faciliter ou, plutôt, pour ne pas rendre presque impossible la *libre* administration dont parle l'art. 1449-1°, qu'a été ajouté le second paragraphe, qui porte que la femme séparée peut disposer du mobilier et l'aliéner. » A l'appui de notre opinion, nous pouvons citer un jugement du tribunal de la Seine, du 9 juillet 1872, qui déclare que la femme a la disposition entière des meubles, que l'aliénation rentre ou non dans les termes d'une sage administration.

Cette solution nous amène, par voie de conséquence, à décider que la femme, séparée de biens, peut transiger sur toutes les contestations relatives à ses droits mobiliers, corporels et incorporels; car, pour transiger, il faut et il suffit d'avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. (Art. 2045.)

Mais, de ce qu'une femme séparée de biens peut, sans autorisation, aliéner son mobilier en dehors des limites d'une sage administration, s'ensuit-il qu'elle puisse l'aliéner à titre gratuit?

M. Delvincourt (t. II, p. 58) l'a soutenu, mais en cas de séparation de biens judiciaire seulement, en se fondant sur l'expression de l'art. 1449-2°, *disposer et aliéner;* ces termes seraient génériques, et embrasseraient tant l'aliénation à titre gratuit que l'aliénation à titre onéreux.

Il signale par conséquent, dans ce pouvoir, qui n'appartiendrait qu'à la femme séparée judiciairement, une différence remarquable entre la séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire.

Malgré l'autorité de son défenseur, nous avons peine à croire à l'exactitude de cette théorie. Non ! En premier lieu, *disposer* ne peut pas être, dans l'art. 1449-2°, synonyme de *faire une donation*. Il n'est pas dans les habitudes des rédacteurs du Code civil, pour rendre cette idée, de se servir d'une semblable expression. A notre sens, vu leur juxtaposition, ces deux mots *disposer* et *aliéner* ne font que se répéter, ou plutôt le second donne les vraies limites du premier. Le mot *disposer* n'est mis en avant, s'il m'est permis de parler ainsi, que pour indiquer que la femme va avoir sur son mobilier un pouvoir exceptionnel : vient, ensuite, le mot suivant *aliéner* qui détermine et fixe ce pouvoir.

Laissant de côté le mot *disposer*, dira-t-on maintenant que le mot *aliéner* révèle aussi bien un acte à titre gratuit qu'un acte à titre onéreux? C'est ce que nous allons voir. Le mot *aliéner*, d'abord, ne s'entend, en général, que des aliénations à titre onéreux. Ensuite, l'art. 1449 renferme une exception à l'art. 217 : le mot *aliéner* doit avoir la même signification que dans cet article ; or, il est certain que l'art. 217 n'entend par *aliénation* que la translation de propriété à

titre onéreux, puisqu'il défend positivement à la femme de faire une donation.

L'art. 905 du Code s'oppose du reste à la solution de M. Delvincourt : « La femme mariée ne pourra donner entre-vifs sans l'assistance ou le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les art. 217 et 219 au titre du *Mariage.* » La disposition du texte est générale, et s'applique à toute femme, quel que soit son régime matrimonial.

Cette solution, après tout, n'a rien que de fort raisonnable ; car, si l'on comprend aisément que, dans le but de ne pas entraver la libre administration de la femme on lui permette d'aliéner ses meubles à titre onéreux, même en dehors de la mesure d'une sage administration, on ne trouve pas les mêmes raisons pour permettre les donations. *Donner*, c'est *perdre*. Empêcher de donner, ce ne sera nullement gêner, rendre difficile l'administration de la femme.

C'est ce qu'a compris la cour d'Alger, dans un arrêt de janvier 1866, en décidant que la cession d'antériorité d'un droit hypothécaire, constitue, alors qu'elle recèle un acte de libéralité, une aliénation que la femme séparée de biens est incapable de faire sans le consentement par écrit de son mari, ou son concours dans l'acte.

Du reste, nous concéderions volontiers à la femme séparée le droit de faire ces dons de peu

d'importance, cadeaux, présents, qui se prélèvent d'habitude sur les revenus (arg. de l'art. 852).

Quid du compromis ?

Nous serions portés à raisonner de la manière suivante :

L'on peut compromettre sur les droits dont on a la libre disposition (art. 1003, C. proc.). La femme peut disposer de son mobilier et gérer ses biens ; donc, elle peut compromettre sur les difficultés relatives à la gestion de ses biens et à son mobilier.

L'on nous objecte l'art. 215, qui exige l'autorisation lorsqu'elle veut ester en justice. Nous répondrons que compromettre, ce n'est ni engager un procès ni ester en justice. L'arbitrage est une juridiction toute privée, qui exerce son ministère, nous demandons grâce pour la vulgarité de l'expression, sous le manteau de la cheminée : il n'y a donc pas inconvenance, pas de manquement aux lois de la pudeur : rien ne blessera la susceptibilité du mari.

Il serait fâcheux que la femme fût incapable de terminer par cette voie de légères difficultés, qui naissent à chaque instant dans la gestion d'un patrimoine.

Mais la plupart des auteurs suivent un système opposé :

Le compromis, disent-ils, on affirme à tort le contraire, est une sorte de procès ; au fond, compromettre, c'est véritablement plaider. D'après l'art. 1004 du Code de procédure, le compromis est

interdit dans les contestations, qui sont sujettes à communication au ministère public : or l'art. 83 du même Code soumet les causes des femmes non autorisées à cette communication ; elles ne sont donc pas susceptibles de compromis.

Il serait, en effet, désirable que la femme séparée pût compromettre sur de petites contestations, résultant de son administration, mais la loi n'a point fait de distinction... *ubi lex non distinguit, non distinguere debemus* (de Vatismenil, *Encyclop. du droit, arbitrage;* Dalloz, *Dictionnaire, Arbitrage* ; Massé, *Droit commercial,* t. III, n° 181).

Autre question. — La femme séparée de biens peut-elle acquérir à titre onéreux des meubles ou des immeubles sans l'adhésion du mari ?

Il est certain qu'il ne s'agit point dans notre hypothèse de meubles meublants, ou à l'usage de la personne ; en les achetant, la femme fait acte d'administration.

Mais, s'il s'agit de meubles, en général, s'il s'agit d'immeubles, que décider ?

Nous ferons une distinction. Lorsque l'on reconnaîtra dans l'acquisition soit de meubles, soit d'immeubles, un placement de revenus ou même de capitaux, ce placement sera valable ; car la femme qui reçoit de l'argent doit en chercher emploi. Voilà pourquoi on peut aussi ranger au nombre des actes d'administration le placement de capitaux en rentes sur l'Etat, en actions dans des compagnies industrielles.

Mais, s'il y a autre chose qu'un placement de revenus ou de capital, si la femme achète pour acheter, contracte sans avoir en caisse des sommes disponibles qu'elle se propose d'utiliser, alors l'autorisation sera indispensable.

M. Bellot des Minières (*Contrat de mariage*, tome III, p. 375) oppose l'art. 217. « La femme, *même séparée de biens*, ne peut *acquérir* à titre gratuit ou onéreux, sans autorisation. » Telle est la règle générale qui ne souffre aucune dérogation. L'art. 1449 ne fait exception à la règle qu'en ce qui concerne la faculté d'aliéner, et passe sous silence la faculté d'acquérir : donc la femme même séparée peut acquérir.

C'est précisément dans l'art. 1449 que je puise ma réponse ; cet article permet et enjoint à la femme d'administrer ses biens ; or, tout administrateur, pour remplir son devoir, prend soin de placer ses capitaux. Ainsi le tuteur datif ou testamentaire (art. 455) est tenu d'employer l'excédant des revenus du mineur. Et, cet emploi, comment se fera-t-il, sinon en meubles, en valeurs industrielles, commerciales, ou même en immeubles?

Lui est-il permis de placer ses capitaux en achat d'une rente viagère d'un usufruit ?

Ce qui fait hésiter à admettre l'affirmative, c'est que l'acquisition d'une rente ou d'un usufruit emporte l'aliénation sans retour du capital, qui en constitue le prix. Le capital étant aliéné, il est

impossible, dit-on, de voir là un acte d'administration.

M. Demolombe considère les dangers auxquels la femme serait exposée : « Supposez qu'elle ait imprudemment placé ses capitaux sur la tête d'un tiers (1971) ; ne pourrait-elle pas être ruinée du jour au lendemain et se trouver absolument sans ressources ! C'est là un danger qu'il importe d'autant plus de prévenir que la femme pourrait y être d'autant plus entraînée par le désir d'augmenter peut-être sans raison et sans mesure, ses revenus actuels, et par cette imprévoyance funeste, qui nous fait si souvent sacrifier tout l'avenir à la satisfaction du moment présent. (*Du mariage*, t. II, n° 158.)

Malgré tout, nous adoptons l'affirmative : le capital est également aliéné dans le prêt, surtout dans la constitution de rente perpétuelle et la femme peut néanmoins passer ces sortes de contrats. Puisque la femme a le droit et le devoir de placer ses capitaux et ses revenus, pourquoi l'empêcher de choisir le mode qui convient le mieux à ses intérêts?

L'acquisition d'un usufruit, d'une rente viagère nuira aux héritiers, je ne le nie pas, mais à eux seuls. S'ils se plaignent, elle leur dira : Par testament, je puis vous nuire bien davantage, car, s'il me plaît de vous priver de tout ou partie de ma fortune, aucune disposition du Code n'y met obs-

tacle. (Paris, 1834 ; Caen, 1845 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, n° 516.)

Nous avons indiqué les actes que la femme séparée peut accomplir sans autorisation : nous avons limité ses droits : il nous reste à chercher comment ces actes seront exécutés.

On croirait volontiers qu'il ne se cache aucune difficulté sous cette question ; car, d'après l'art. 2092, toute personne obligée est tenue de remplir son engagement sur toute sa fortune mobilière et immobilière, et comme l'obligation de la femme est valablement contractée, elle doit être exécutée sur tous ses biens.

Pour saisir le dissentiment qui s'est élevé sur ce point, il faut se rappeler que la loi n'a point permis à la femme de disposer de ses immeubles, de sorte que si l'on admet que les créanciers peuvent les saisir, il en résultera que l'aliénation des immeubles se produira indirectement.

Il faut donc, ou permettre à la femme d'échapper par cette voie détournée aux prescriptions de la loi, ou abréger en partie, sans l'appui d'un texte, le principe si éminemment utile de l'art. 2092.

De savants auteurs soutiennent que l'obligation n'est pas exécutoire sur les immeubles : L'art. 2092, disent-ils, est seulement applicable au cas où le débiteur a pouvoir d'engager tous ses biens : ceux qu'il ne peut engager ne garantissent point la dette. Dans le système contraire la femme vio-

lerait la loi à sa fantaisie, elle aliénerait ses immeubles sans autorisation, ce que la loi défend expressément (Zachariæ, t. III, p. 484 : Odier, *du Contrat de mariage* ; Massol, *De la séparation de corps*, ch. IV ; Marcadé, art. 1449).

Nous n'hésitons pas, malgré la valeur de cette argumentation, à rejeter ce système.

La femme est, en règle générale, incapable de s'obliger : mais l'art. 1449 apporte une exception au principe, en laissant à la femme la libre administration de ses biens. Puisqu'on lui reconnaît ce droit, il faut lui donner la faculté d'accomplir ses devoirs d'administratrice : qui veut la fin veut les moyens. Or, il n'est pas possible de gérer un patrimoine, sans fournir aux tiers avec qui l'on traite des garanties sérieuses. La femme séparée est capable de faire aussi valablement que quiconque, les actes d'administration, et comme tout individu qui s'oblige engage ses immeubles, l'obligation de la femme sera exécutoire sur ses biens immobiliers (Valette sur Proudhon, t. I, p. 465).

Mais le désir d'assurer à la femme un crédit assez large pour faciliter sa gestion, doit-il lui faire reconnaître le droit d'hypothéquer ses immeubles pour la garantie des obligations contractées pour cause de cette gestion ?

Oui, affirment Toullier (t. II, n° 1298), Duranton (t. III, n° 673) et Zachariæ (t. I, p. 265). Quiconque est capable de consentir un enga-

gement est capable de consentir l'hypothèque, qui n'en est que l'accessoire. Ainsi, le mineur commerçant, qui souscrit valablement des obligations pour fait de commerce, hypothèque valablement ses immeubles (art. 6, Code de commerce), et pourtant il est incapable de les aliéner, sans que les formalités imposées par le Code civil (art. 457 et suivants) aient été accomplies.

Il nous paraît difficile de concéder pareil droit à la femme : lisez l'art. 2124 : « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. »

Or, l'art. 217 défend à la femme d'aliéner.

Et, malgré ces textes si précis, si formels, on lui reconnaîtrait pareil droit ! En vain, nos contradicteurs invoquent l'art. 6 du Code de commerce et tirent de son texte un argument d'analogie; ce texte leur est même défavorable ; il fait exception pour le mineur et se tait sur la femme : *qui dicit de uno negat de altero*. C'est à tort qu'ils ajoutent : Qui peut le principal peut l'accessoire. Cela n'est pas exact, lorsque l'accessoire, et tel est le cas, est interdit par la loi.

Tous les administrateurs sont incapables d'hypothéquer ; les tuteurs, les mineurs émancipés ont pouvoir de gestion, nullement celui d'hypothéquer. Autre chose est administrer, contracter même, autre chose est hypothéquer, accomplir un acte dont les conséquences sont souvent désas-

treuses pour le crédit du débiteur. (Proudhon et Valette, t. II, p. 435.)

Nous observons que ce pouvoir d'hypothèque n'est point nécessaire à l'exercice du droit d'administration : en pratique, il est fort rare qu'on en use.

La femme séparée s'est obligée au delà des limites de son administration ; poursuivra-t-on l'exécution de l'obligation sur ses revenus et sur son mobilier, ou faut-il décider que l'engagement est entaché d'une nullité complète.

Il y a en faveur de la validité des raisons fort graves.

En effet, l'art. 217 ne déclare pas la femme incapable de s'obliger ; il la déclare seulement incapable d'aliéner, d'hypothéquer, d'acquérir à titre gratuit ou onéreux... etc...

L'incapacité de s'obliger n'est pas prononcée contre elle d'une manière directe, distincte, principale ; elle n'est que la conséquence tacite et accessoire de l'incapacité d'aliéner, dont la loi l'a frappée. Trouvons une hypothèse où la femme ait la liberté d'aliéner certains biens, l'incapacité de s'obliger cessera quant à ces biens. Certes, la femme est complétement incapable de s'obliger dans des régimes tels que celui de la communauté, où la règle de l'art. 217, s'appliquant à la rigueur, il lui est interdit d'aliéner. Mais, l'hypothèse cherchée, c'est celle de la femme séparée de biens ; elle peut aliéner son mobilier ; elle pourra donc

contracter des obligations personnelles, exécutoires sur ce mobilier (Cassation, 1819 ; Paris, 1832 ; Toullier, p. 128; Zachariæ, t. III, p. 516).

Essayons de détruire ce raisonnement :

D'abord, à ne considérer même que l'art. 217, l'incapacité de s'obliger est virtuellement prononcée. Il défend en effet de donner ou d'acquérir à titre onéreux ou à titre gratuit sans autorisation : la femme ne peut ainsi s'obliger à titre gratuit, ce serait une donation, ni s'obliger à titre onéreux, ce serait une acquisition. Par conséquent, l'art. 217 seul interdit à la femme de s'obliger.

Ce n'est pas tout : prenons l'ensemble des dispositions des art. 217, 218, etc... jusqu'à l'art. 224. Qu'y verrons-nous ? Que la femme a besoin de l'autorisation pour *contracter*, pour *passer un acte*, que la femme marchande publique peut sans autorisation *s'obliger* pour les affaires de son commerce ; d'où je tire que la femme non marchande publique ne *peut s'obliger*.

L'art. 1449 accorde dans sa première partie à la femme séparée la libre administration de ses biens, et de ce texte (*in principio*) découle la capacité de contracter, dans les limites de l'administration, des obligations personnelles exécutoires sur tous ses biens meubles et immeubles.

Le dernier paragraphe de l'art. 1449 décide que l'aliénation du mobilier rentre aussi dans les pouvoirs de l'administratrice. Ce paragraphe n'est

qu'un corollaire du premier, et comme tel ne permet l'aliénation du mobilier que comme étant comprise dans la sphère d'une large administration, et par conséquent pour cause d'administration.

Si l'on insiste, si l'on soutient que le droit de disposer du mobilier est concédé à la femme dans des termes absolus et pour toute espèce de cause, même en interprétant aussi littéralement l'art. 1449, nous n'admettons pas que la capacité d'aliéner emporte la capacité de s'obliger.

La femme, d'après les art. 217 et suivants, est incapable d'aliéner ou plus généralement de s'obliger : l'art. 1449 apporte une exception en lui permettant d'aliéner son mobilier ; la règle reste donc intacte, cette règle, qui prononce l'incapacité de s'obliger, même sur ce mobilier, autrement que pour les besoins de l'administration.

Il est vrai que l'incapacité d'aliéner renferme l'incapacité de s'obliger, mais la capacité d'aliéner n'entraîne pas la capacité de s'obliger. L'aliénation directe nous dépouille sur l'instant ; on en calcule facilement l'importance et les conséquences ; l'obligation au contraire ne renferme que le germe d'un dessaisissement éloigné, et est ainsi beaucoup plus dangereuse. (Paris, 1859, Cass. 1852, Rodière et Pont, t. III, Aubry et Rau, p. 516.)

Une prévoyance semblable avait dicté, après la loi Julia, qui permettait au mari d'aliéner le fonds

dotal avec l'adhésion de la femme, le sénatus-consulte Velléien, qui lui défendait de l'hypothéquer même lorsqu'elle y consentirait. Nous savons que cette défense était une conséquence de la prohibition plus générale, faite à la femme, de cautionner.

Autre question. — Soit une femme séparée de biens. Il lui est permis, nous venons de le voir, d'administrer sa fortune, et par cela même elle peut accomplir des actes fort importants, sans l'adhésion de son mari. Cependant celui-ci ne conservera-t-il pas un droit de surveillance, de contrôle sur les agissements de sa femme administratrice? Pourra-t-il demander à la justice que la femme soit tenue, suivant les circonstances, de prendre les précautions que la nécessité commande? Ainsi, la femme a pouvoir de placer ses capitaux; il se trouve qu'elle a 200,000 francs à sa disposition, et elle va choisir un mauvais placement, chez un banquier insolvable ou en actions industrielles peu solides. Eh bien ! dans ces cas, le mari sera-t-il admis à s'y opposer?

MM. Demolombe (*loc. cit.*) et Massol (*De la séparation de corps*, n°s 18 et 42) reconnaissent au mari le droit de provoquer certaines mesures de garantie et de conservation. Ils invoquent d'abord l'utilité qu'aurait pour le ménage cette faculté accordée au mari. La femme de notre hypothèse va placer 200,000 francs; elle court le plus grand risque de les perdre, et pourtant c'est son unique

fortune, qui sera une précieuse ressource pour élever les enfants, les doter.. etc. En se mariant, les époux contractent ensemble l'obligation de nourrir, entretenir les enfants communs ; la famille est donc en quelque sorte créancière ; et le mari, au nom de la famille, doit, quel que soit le régime matrimonial, prendre des mesures conservatoires de ses droits.

D'ailleurs, on ne porte pas atteinte à la capacité de la femme quant aux actes pour lesquels l'autorisation n'est pas exigée ; elle demeurera libre en règle générale, mais le mari interviendra s'il y a péril en la demeure; il est toujours le chef du ménage, et comme tel est-il possible de l'obliger à rester spectateur indifférent et témoin impassible de la ruine de sa femme ? (Angers, 1823 ; Pothier, *De la Puissance maritale ;* Lebrun, *De la Communauté ;* Massol, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit.*)

Ces raisons sont extrêmement fortes, mais elles ne nous ont pas convaincu. Nous ne rencontrons dans les textes aucune disposition qui permette de donner au mari un pouvoir aussi considérable; au contraire, nous trouvons des textes précis, formels, qui accordent à la femme pleine liberté. C'est l'art. 1449 : « La femme séparée reprend la *libre* administration de ses biens. » Puis l'art. 1536 : « La femme conserve *l'entière* administration de ses biens, et la jouissance *libre* de ses revenus. »

Si l'on ne tient pas compte de ces textes, dans

quel arbitraire ne tombe-t-on pas, au lieu du système si sûr de la loi ! Dans quels embarras seront jetés les tiers, qui n'oseront traiter avec la femme, ne sachant pas au juste et ne pouvant savoir sa capacité ! L'on rendra ainsi plus difficile une administration que la loi proclame *libre et entière*.

Et le mari qui est toujours disposé à s'immiscer dans les affaires de sa femme, de quel pouvoir n'allez-vous pas l'armer en consacrant cette immixtion !

Comment ! une femme s'est mariée sous le régime de la séparation de biens dans l'intention arrêtée de dérober à son mari qu'elle sait incapable ou prodigue, l'administration de sa fortune, ou bien elle a obtenu judiciairement la séparation de biens contre lui, et voilà qu'à ce mari dépouillé de la gestion, vous accorderez un pouvoir de contrôle, vous le laisserez élever en face de l'administration de la femme une administration rivale. Ah ! alors attendez-vous à des représailles incessantes, à des querelles, qui rendront la vie commune insupportable !

Puis, si nous supposons que l'administration est échue à la femme par suite d'une *séparation de corps*, qu'arrivera-t-il ? Le ménage est dissous ; la vie commune a été reconnue impossible, et cependant le mari interviendra dans les affaires personnelles de la femme, et exercera sur elle son pouvoir de surveillance. Voilà les conséquences du système précédent !

A l'objection tirée de cette considération que le mari a intérêt d'empêcher la ruine de sa femme nous répondrons : Trop souvent, des maris se ruinent en mauvaises spéculations et ruinent en même temps leur famille. La femme imposera-t-elle dans ce cas une garantie, une sûreté quelconque ? Non, elle ne le peut pas. La femme n'est-elle pas créancière de son époux, les enfants ne sont-ils pas créanciers de leur père, quant à l'obligation de les nourrir et de les entretenir ? Pourquoi ne réclameraient-ils pas et ne diraient-ils pas au chef de la famille : « Ce placement est mauvais, ne le faites pas ou donnez-nous des garanties. »

Le Code n'a pas accordé ce droit à la femme, mais que nos adversaires le lui concèdent, et nous l'accorderons bien vite au mari. Toujours et partout l'homme est dans une situation juridique beaucoup plus avantageuse que celle de la femme. Une seule fois et comme par mégarde, sous le régime de la séparation de biens, le législateur conserve à celle-ci l'administration de son patrimoine ; n'allons pas nous montrer moins libéraux que lui et vouloir par un détour, par des moyens indirects, retirer à l'épouse le peu de capacité qui lui a été laissée. La loi a été par hasard favorable à la femme ; inclinons devant ses prescriptions, *benigna lex, sed lex.*

Au surplus, remarquons que le mari est fondé à demander que la femme verse directement dans ses mains la somme pour laquelle elle doit chaque

année contribuer aux dépenses du ménage et aux frais d'éducation des enfants. Cependant, pour des causes, dont les tribunaux sont souverains appréciateurs, la femme peut obtenir de la justice l'autorisation de payer directement les fournisseurs, les maîtres et autres créanciers du ménage. (Rodière et Pont, II, 875. Req., Rej., 6 mai 1835 ; Caen, 8 avril 1851.)

Nous avons annoncé, au commencement de ce chapitre, qu'il existait deux différences notables entre la séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire ; les voici :

1° En cas de séparation de biens judiciaire les époux sont tenus de contribuer aux frais du ménage proportionnellement à leurs facultés respectives (art. 1448). Au contraire, les futurs époux sont autorisés en stipulant la séparation de biens, à fixer, comme ils l'entendent, la part pour laquelle chacun d'eux devra contribuer à ces frais et charges. Ils peuvent même convenir qu'ils seront supportés par l'un d'eux seulement. A défaut de convention à cet égard, la femme y contribuera jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. (Art. 1537.)

2° Enfin, nous savons que la séparation de biens judiciaire peut cesser par le commun accord des parties, en suivant certaines formalités (article 1451), tandis que la séparation de biens contractuelle est irrévocable.

Pour compléter le tableau, nous pouvons rap-

peler que certains auteurs accordent à la femme séparée judiciairement seulement le droit d'aliéner son mobilier à titre gratuit. Nous avons dit plus haut ce que nous pensions de cette opinion.

CHAPITRE III

CONDITION DE LA FEMME SOUS LE RÉGIME SANS COMMUNAUTÉ

Au mari appartiennent l'administration et la jouissance des biens de la femme (art. 1531). Le patrimoine de celle-ci ne saurait s'accroître, car il n'y a pas de communauté, et sa non-diminution n'est pas garantie, comme dans le régime dotal, par l'inaliénabilité.

Quoique le mari ait droit à tous les fruits, nous croyons qu'il ne peut prétendre aucun droit de propriété sur les produits de l'industrie ou du commerce de la femme : en conséquence, il n'en aura que l'usufruit.

C'est que, pour les rédacteurs du Code, qui ne se sont pas préoccupés des idées économiques, ces produits de l'industrie de la femme ne sont pas de véritables fruits (*produits périodiques*) ; ils n'en ont pas le caractère permanent et continu. Cette différence, du reste, la loi la manifeste dans l'article 1498, qui distingue parmi les acquêts, ceux qui proviennent des produits de l'industrie, et ceux qui proviennent des économies sur les fruits.

Quant aux bénéfices, résultant d'opérations

commerciales, la loi les considère moins comme des fruits, que comme l'équivalent du danger que courait la femme de perdre ses capitaux.

Les conventions matrimoniales peuvent laisser à la femme une certaine latitude, mais de peu d'étendue ; car, si elle avait stipulé qu'elle conserverait l'administration et jouissance de son patrimoine, le régime serait celui de la séparation de biens.

Rien ne s'oppose, dit l'art. 1534, « à ce qu'il soit convenu que la femme touchera annuellement sur ses seules quittances certaines portions de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. »

Ainsi, la femme pourrait se réserver le droit de percevoir les revenus de tel fonds, les intérêts de telle créance. Si elle s'en réserve en même temps l'administration, le régime adopté est mixte ; il y a partie régime sans communauté, partie séparation de biens, ce qui est parfaitement licite (art. 1387).

C'est encore là un échec à l'autorisation maritale ; mais moins grave que dans le régime précédent. En effet, avec la séparation de biens, le conflit entre le droit de la femme et l'autorisation maritale est forcé et constant ; avec le régime sans communauté, ce conflit n'est qu'une exception.

Le législateur n'ayant consacré que six articles au régime sans communauté, on admet géné-

ralement qu'en cas d'insuffisance il faut se reporter aux règles de la communauté légale. On en donne trois raisons. D'abord, la communauté forme le droit commun. Ensuite, les auteurs anciens, qu'ont reproduits nos législateurs, considéraient le régime sans communauté comme une annexe du régime de communauté. Enfin, lorsque les rédacteurs du Code rédigeaient les articles relatifs au régime sans communauté, ils ne pouvaient pas songer au régime dotal, qui ne fut admis que plus tard sur la réclamation des pays de droit écrit.

CHAPITRE IV

CONDITION DE LA FEMME SOUS LE RÉGIME DOTAL

Nous avons déjà fait observer que le régime de communauté, émanation de la conception chrétienne du mariage, avait pris naissance, avait pénétré dans les mœurs et dans la législation, sous l'influence d'une idée favorable à l'amélioration de la condition de la femme, et avait eu pour but et pour résultat de faire de la femme la compagne et l'associée de son mari.

Le régime dotal a été de même inspiré par une idée de faveur pour la femme : mais il faut reconnaître que les sentiments qui ont guidé le législateur païen, ont un caractère bien différent, et

qu'il n'a pas vu avec la même élévation d'idées les réformes à accomplir dans la condition de la femme mariée. Pour lui, l'amélioration à introduire dans cette condition consiste uniquement à assurer à la femme la conservation et la restitution de sa dot. Quant à l'élément purement moral, qui donne à la femme son véritable caractère, il ne s'en occupe pas.

Nous avons vu, en étudiant la marche de ce régime dans le droit romain, comment les prévisions du législateur avaient été trompées, comment la femme, devenue, grâce à l'action en restitution de dot, maîtresse de son mari, s'était fait de plus en plus un jeu du mariage, et comment enfin ce régime qui avait été créé dans le but de faciliter les mariages n'avait encouragé que le divorce.

A vrai dire, l'intérêt de la femme n'avait pas été le véritable mobile du législateur romain ; et, s'il lui a assuré la conservation de sa dot, c'est moins par faveur pour la femme elle-même que dans un but d'intérêt général, et spécialement pour lui faciliter un second mariage, en cas de veuvage ou de divorce : *Interest reipublicæ dotes mulierum salvas esse*, dit Paul. Le vieil adage normand : «Bien de femme ne doit pas se perdre », semble plus directement inspiré par le désir de rendre meilleure et plus sûre la condition de la femme. Remarquons, enfin, que c'est l'intérêt de la femme qui a été surtout invoqué par les pays

de droit écrit, demandant l'admission dans le Code du régime dotal.

Il est assez extraordinaire que, malgré la tendance bien évidente du législateur à améliorer la condition de la femme mariée, nous soyons obligé, lorsque nous étudions l'organisation même des différents régimes matrimoniaux, de constater combien cette condition est peu favorable. Le régime de communauté a incontestablement réalisé un progrès immense, en tirant la femme de l'état d'infériorité dans lequel la législation païenne l'avait maintenue; mais nous avons remarqué, sur quelques points importants, dans l'organisation des pouvoirs du mari, que le législateur semblait avoir été inspiré par un sentiment puisé dans le système romain de l'absolutisme marital.

En abordant l'étude du régime dotal, nous revenons sur nos pas ; malgré l'influence de l'idée nouvelle de la puissance maritale, qui est la même que sous la communauté, l'œuvre du législateur romain a encore la plus grande part dans l'organisation de ce régime. De là, l'opposition que l'on ne peut s'empêcher de constater entre les principes fondamentaux de ce régime, et ceux qui semblent devoir régler les rapports de deux personnes unies par un lieu aussi étroit et aussi sacré que le lien du mariage. Deux idées, en effet, peuvent résumer l'organisation générale du ré-

gime dotal, idée de défiance à l'égard du mari ; idée de séparation complète des intérêts et des biens de chaque époux.

Rien n'est plus légitime assurément que les précautions prises par la loi contre les dilapidations ou l'incurie du mari, et nous avons nous-même exprimé le regret, relativement à certaines dispositions du régime de communauté, que la protection accordée à la femme ne fût pas plus efficace. Mais, quant à faire de ces précautions contre le mari le fondement et le but unique d'un régime matrimonial, qui ne s'occupe que de sauver la dot, c'est confondre un peu trop le mariage avec une association commerciale, et faire trop bon marché des sentiments les plus naturels et les plus respectables, qui doivent animer les époux.

L'idée de séparation complète des intérêts des époux nous paraît non moins contraire à la nature de l'union matrimoniale ; et elle n'a même pas en sa faveur l'excuse d'avoir été inspirée par l'intérêt de la femme, et le désir d'élever sa condition, puisque celle-ci est complétement exclue de toute participation aux fruits de ses propres biens et au produit de son travail, que le mari recueille seul, et dont il fait l'emploi que bon lui semble.

La seule chose qui puisse nous faire pardonner une telle disposition, c'est le principe de la liberté des conventions, dont on use largement à

son égard, pour la bannir de la plupart des contrats de mariage, et établir, à côté de l'aliénabilité dotale une communauté d'acquêts, qui permette à la femme d'être considérée et traitée autrement qu'une étrangère dans la maison de son mari.

Nous adopterons, pour étudier la condition de la femme sous le régime dotal, une division analogue à celle que nous avons suivie au chapitre de la communauté.

SECTION I

POUVOIRS DU MARI SUR LES BIENS DOTAUX

Le mari n'est pas, comme en droit romain, propriétaire de la dot; la propriété en reste à la femme.

A quelle époque s'est faite cette transformation? C'est ce qui nous semble assez difficile à établir. Nous savons bien qu'en droit romain, les droits de la femme sur les biens dotaux allèrent en progressant depuis l'époque classique jusqu'à Justinien: mais, même à cette époque, malgré un certain trouble dans la législation, qui reconnaît à la femme un semblant de propriété que Justinien qualifie de propriété naturelle (1), c'était en réalité le mari qui était propriétaire de la dot. La même hésitation se manifeste, et la même solu-

(1) L. 30, Code, *de jure dotium*.

tion paraît prévaloir aux différentes époques de l'histoire de notre ancien droit. Cujas résume son opinion sur ce point : *Uxor domina est rerum dotalium* NATURALITER, *maritus* CIVILITER *et dotis causâ* (1). Dumoulin écrit : *Vir constante matrimonio* VOCATUR *dominus dotis* (2); l'expression dont il se sert témoigne de son hésitation. Enfin, nous lisons dans Pothier : « Le titre de dot est un titre qui est, de sa nature, translatif de propriété ; car le mari acquiert le domaine de propriété des choses qui lui sont données en dot par sa femme.....» (3). Si Pothier semble plus affirmatif que les autres jurisconsultes que nous avons cités, ce n'est pas que la question ait progressé dans l'intervalle des trois siècles, qui le sépare d'eux : cela tient uniquement au sujet qu'il traite dans le chapitre d'où est extrait le passage que nous venons de citer : il se demande si le titre *pro dote* peut servir de juste cause à une usucapion ; il nous paraît certain que s'il avait examiné la question qui nous occupe, nous aurions vu se produire chez lui cette hésitation que nous trouvons chez les autres jurisconsultes, qui ont cherché à qualifier avec quelque précision les droits respectifs du mari et de la femme sur la dot.

Nous ne nous étonnons pas, quant à nous, de

(1) Cujas, sur le Code *de jure dotium*.
(2) Dumoulin, sur la Coutume de Paris, titre *des douaires*, p. 1715.
(3) Pothier, *Traité de la Prescription*, n° 68.

cette incertitude de nos plus grands jurisconsultes ; et nous ne sommes pas surpris de voir ces esprits, si puissants à triompher des subtilités juridiques les plus ardues, hésiter, et en définitive se déclarer impuissants à définir exactement la nature et le caractère des droits des époux sur les biens dotaux. Nous avons signalé une difficulté semblable, quand nous avons parlé dans notre chapitre premier des droits du mari sur les biens de la communauté : nous nous sommes demandé quel est le caractère de ces droits ; le mari est-il propriétaire ? est-il mandataire ? Ces deux qualifications nous ont paru également impropres, et nous avons conclu en disant qu'il ne fallait pas chercher à définir une institution qui ne peut avoir sa pareille. Les règles les plus fondamentales du droit sur la propriété, sur l'usufruitier, sur les droits d'un administrateur, sur le mandat, reçoivent, lorsque le législateur les applique aux droits des époux, à raison des rapports tout particuliers de puissance maritale qui existent entre deux personnes unies par le mariage, des modifications profondes, qui les rendent méconnaissables, et qui ne permettent pas d'en aborder l'étude avec les idées absolues et les principes rigoureux que l'on doit apporter dans l'examen des questions ordinaires.

Mais arrivons au Code. Les auteurs du Code, prévenus par d'anciennes et nombreuses controverses, des inconvénients, pouvant résulter du

manque de précision dans la détermination des pouvoirs des époux, auraient dû, ce nous semble, dire formellement et expressément auquel des deux époux ils entendaient reconnaître la qualité de propriétaire ; sauf ensuite à introduire dans les droits résultant ordinairement de cette qualité les modifications et les restrictions nécessitées par les droits rivaux qu'ils reconnaissent au mari, chef de la famille, administrateur et usufruitier de la dot. Ils ne l'ont pas fait : aussi voyons-nous les anciennes controverses se perpétuer et des auteurs considérables, entre autres M. Troplong (*Contr. de mariage*, t. IV, nº 1302), soutenir aujourd'hui encore que le mari est propriétaire de la dot. Nous pensons que cette doctrine est erronée, et la rédaction de plusieurs articles nous suffit à établir qu'elle n'était pas dans l'esprit des auteurs du Code. Mais, nous le répétons, nous aurions préféré une rédaction plus explicite et ne pouvant laisser aucun doute, même dans l'esprit des jurisconsultes les plus pénétrés du régime dotal romain.

Nous considérons donc comme certain que le mari n'a aujourd'hui aucun droit de propriété sur la dot. Nous exposerons nos arguments, quand nous traiterons des droits de la femme sur les biens dotaux ; nous pourrons mieux répondre à nos adversaires, quand nous aurons étudié les différents droits du mari, dans lesquels ils croient voir la preuve de son prétendu droit de propriété.

Les seuls droits que le mari exerce sur les biens dotaux sont : 1° un droit d'administration; 2° un droit d'usufruit. Etudions-les successivement.

Rien n'est plus vague et moins défini que ce que le Code désigne sous le nom de droits d'administration; nous trouvons dans notre législation un certain nombre de cas dans lesquels les pouvoirs de différents administrateurs sont organisés par la loi elle-même : le tuteur est administrateur de la fortune de son pupille; l'usufruitier est administrateur des biens dont il a l'usufruit; le mineur émancipé est administrateur de son patrimoine; la femme séparée de biens administre sa dot; enfin, nous avons vu que le mari lui-même a l'administration des biens propres de sa femme, sous le régime de la communauté. Ces droits d'administration diffèrent tous entre eux par leur étendue, et s'il est un certain nombre d'actes qui y sont nécessairement compris, il en est aussi un grand nombre, et ce sont les plus importants, qui, appartenant à certains administrateurs, sont refusés ou contestés à d'autres.

Le droit d'administration du mari sur les biens dotaux n'est pas, comme nous le verrons, à l'abri de cette indétermination et des controverses qui en naissent. Toutefois, nous croyons pouvoir affirmer qu'après le tuteur qui, à sa qualité d'administrateur, joint celle de représentant du pupille (art. 450), le mari, sous le régime dotal, est de tous les administrateurs celui qui a les pouvoirs

les plus étendus. Ses pouvoirs sont notamment beaucoup plus considérables que ceux du mari sur les propres de sa femme sous le régime de communauté. Nous pensons qu'il faut en voir la raison dans la qualité de *dominus dotis* que le droit romain et notre ancien droit donnaient au mari, que les auteurs du Code ont assurément supprimée, mais dont ils ont jusqu'à un certain point subi l'influence.

Enumérons d'abord quelques actes qui ont certainement et sans contestation possible le caractère d'actes d'administration : percevoir les revenus et les fruits dotaux ; faire sur ces biens les dépenses d'entretien et même les dépenses utiles ; faire des baux de neuf ans ; recevoir le paiement des créances de la femme et libérer les débiteurs ; exercer ses actions possessoires et même ses actions pétitoires mobilières ; faire tous les actes conservatoires nécessaires, tels que saisies-arrêts, renouvellements d'inscriptions hypothécaires ... etc... Tous ces actes, et d'autres semblables qui peut-être nous échappent en ce moment, sont des actes d'administration proprement dits, et le droit de les accomplir appartient à tout administrateur.

Il n'en est pas de même de l'exercice des actions immobilières pétitoires : le droit de revendiquer un immeuble n'appartient en général qu'au propriétaire ; or, l'art. 1549 l'accorde expressément au mari sur les biens dotaux ; c'est de ces prémis-

ses ainsi formulées que M. Troplong a prétendu tirer la conclusion que le mari est propriétaire de la dot. Nous avons dit que nous discuterions cette question dans la section suivante ; nous nous bornerons pour l'instant à faire une simple observation, que nous n'avons pas, disons-le tout de suite, l'intention de présenter comme un argument en faveur de notre thèse, mais dont nous ne voulons pas cependant perdre le bénéfice. Le tuteur peut exercer les actions immobilières pétitoires de son pupille ; ce n'est pas comme administrateur, car ce n'est pas là, nous le reconnaissons, un droit d'administration ; ce n'est pas assurément comme propriétaire, c'est comme représentant et mandataire ; pourquoi ne pas reconnaître aussi cette qualité au mari ? On ne nous répondra pas, comme on aurait pu le faire quand nous parlions des pouvoirs du mari sur les biens de la communauté, qu'il est irresponsable ; ce serait faux ici ; le mari répond des fautes qu'il commet dans l'administration des biens dotaux.

On nous dira alors que ce n'est pas un mandataire, parce que son mandat est révocable ; tandis que le mandat du tuteur est irrévocable par la destitution : erreur ! nous pouvons aussi voir une révocation du mandat de la femme dans une séparation de biens, prononcée contre le mari.

Concluons donc : la situation du mari, administrateur des biens dotaux, nous semble pouvoir être assimilée à celle du tuteur, administrateur des

biens du pupille; le mari peut être considéré comme représentant de sa femme, absolument comme le tuteur est représentant du mineur, et cette qualité suffit à expliquer le droit qui leur appartient d'exercer les actions immobilières pétitoires de la femme ou du pupille, sans qu'il soit nécessaire de les considérer comme propriétaires.

Une autre difficulté que nous connaissons déjà s'élève à propos de l'étendue des pouvoirs d'administration du mari sous le régime dotal.

Ce pouvoir d'administration entraîne-t-il pour le mari le droit de propriété sur les meubles, le droit de les aliéner, et d'en disposer seul à son gré?

Lorsque nous avons examiné cette question, au sujet des meubles réalisés de la femme mariée sous le régime de la communauté, nous avons soutenu avec la plus grande partie des auteurs contemporains, et contrairement à l'opinion de Pothier, que la propriété de ces meubles restait à la femme.

Quelques auteurs, après avoir professé cette opinion sous le régime de communauté, croient devoir l'abandonner sous le régime dotal, à raison de la plus grande étendue des pouvoirs du mari sous ce régime, et lui reconnaissent le droit de disposer des meubles dotaux. Nous persistons, quant à nous, dans notre première opinion. Ce fait que le mari est, en vertu d'un texte formel,

muni d'un droit spécial, qui dépasse ceux d'un administrateur ordinaire, celui de revendiquer les immeubles, ne nous oblige pas à lui accorder, par voie d'interprétation et sans texte un autre droit tout différent et qui ne peut pas être considéré comme un droit d'administration.

Nous devons, cependant, reconnaître ici l'existence des trois exceptions que nous avons déjà signalées : le mari peut disposer du mobilier dotal :

1° Lorsque ce mobilier se compose de choses destinées à être vendues ; il est certain qu'alors le droit d'en disposer rentre dans son droit d'administration. Tel serait le cas où, parmi les biens, composant la dot, se trouveraient des grains ou du vin provenant de récoltes antérieures au mariage. Nous ne parlons pas des récoltes faites pendant le mariage ; elles n'ont jamais fait partie de la dot : le mari en est devenu propriétaire par la perception.

2° Lorsque des objets mobiliers apportés en dot ont été estimés par le contrat de mariage, sans stipulation que l'estimation ne vaut pas vente (art. 1551).

3° Lorsque la dot comprend des choses fongibles, non susceptibles d'usufruit, une somme d'argent, par exemple ; le mari en devient propriétaire et peut en disposer librement.

Nous avons vu que le mari, administrateur des biens de la communauté, pouvait à son gré, dissiper, détériorer les biens communs, les grever de

ses dettes, même les plus étrangères à cette administration, sans que la femme pût invoquer son droit de copropriété pour se faire indemniser. Nous avons dit que sous ce même régime le mari était responsable de son administration quant aux propres de sa femme. Il en est de même sous le régime dotal; il est responsable de l'administration de la dot: les dettes qu'il contracte, ne grevant pas les biens dotaux, la femme n'aura pas évidemment de récompense à lui demander de ce chef; mais il sera tenu de l'indemniser toutes les fois que sa négligence aura perdu ou compromis un bien dotal.

Enfin, ayant l'exercice des actions immobilières pétitoires, il pourra revendiquer directement l'immeuble dotal entre les mains d'un tiers, que la femme aurait mis *in causâ usucapiendi*, dans le but de se soustraire à la nécessité de l'autorisation maritale pour l'aliénation de cet immeuble; nous supposons, bien entendu, ou bien que la mise en possession est antérieure au mariage, ou bien que l'immeuble a été stipulé aliénable; hors de ces deux cas, la prescription ne pourrait pas s'accomplir.

Nous n'avons, jusqu'ici, rien rencontré qui puisse justifier les sévérités de certains auteurs à l'égard du régime dotal, rien qui explique les résistances qu'il a éprouvées pour être admis dans le Code, et les observations que nous avons cru devoir présenter, avant d'en aborder l'étude, sur

la condition qu'il fait à la femme. C'est en étudiant d'abord le droit d'usufruit du mari, et ensuite l'inaliénabilité des biens dotaux que nous allons voir l'explication de ces reproches et de ces résistances.

Le mari a donc, sous le régime dotal, l'usufruit des biens dotaux. Il en est de même sous le régime de la communauté, où il a la jouissance, non-seulement des biens communs, mais même des biens propres de la femme; mais la différence essentielle qui existe à ce point de vue entre ces deux régimes consiste en ce que dans l'un le mari n'est usufruitier que comme représentant de la communauté, et que si c'est lui seul qui perçoit les revenus et les fruits, la femme est appelée à les partager avec lui. Dans le régime dotal, au contraire, c'est le mari seul qui est personnellement usufruitier de la dot de la femme. La femme n'a que le droit d'exiger, lors de la dissolution du mariage, la restitution des biens qu'elle lui a apportés. Quant aux fruits et revenus de ces biens, ils sont définitivement acquis au mari : la plus grande partie a dû en être employée à l'entretien de la famille, mais le surplus s'est ajouté à son patrimoine; donc, encourager chez le mari des calculs d'avarice et des spéculations immorales sur les privations et la gène qu'il peut imposer à sa famille, désintéresser la femme de la bonne administration du ménage, en l'excluant de toute participation aux sages économies qui peuvent

être réalisées, tels sont les vices de ce système. La situation de la femme mariée sous le régime exclusif de communauté étant la même au point de vue qui nous occupe, prête aux mêmes observations et à la même critique.

Nous reconnaissons ce qu'il peut y avoir d'exagéré dans nos craintes. Ce serait faire injure à la femme que de supposer que l'intérêt qu'elle porte à la prospérité des affaires de la famille n'a sa source que dans un sentiment honteux d'avarice et d'égoïsme, et que ses efforts pour administrer sagement le ménage sont inspirés par l'espoir de prendre plus tard sa part des économies réalisées. Ce serait également méconnaître la vérité que de supposer en général le mari capable de spéculer sur les dépenses de sa famille, parce qu'il espère retenir seul et ne pas partager avec sa femme tout l'excédant de ses revenus.

Mais il n'en est pas moins vrai que c'est une loi dangereuse que celle qui met en désaccord notre devoir et nos intérêts, et que le législateur ne doit pas compter sur la vertu des hommes pour corriger ce qu'il peut y avoir de dangereux ou d'immoral dans ses dispositions.

Il y a un cas spécial où ce droit absolu d'usufruit attribué au mari, crée à la femme une condition bien défavorable, nous dirions presque humiliante. Souvent, c'est grâce uniquement à l'activité de la femme, à un travail pénible chaque jour renouvelé que se maintiendra la prospérité

du ménage. Il semble que lui accorder une part de ces biens si laborieusement acquis ne serait que justice. Eh bien! non; le mari en sa quaqualité d'usufruitier, perçoit seul les fruits de ce travail, en dispose à son gré, et si ces fruits ne sont pas absorbés par les dépenses de famille, c'est le mari seul qui s'en enrichira. Quelle situation plus humiliante pour la femme ! c'est l'organisation de l'exploitation de la femme par le mari. On a parlé de l'exploitation de l'ouvrier par le patron; mais l'ouvrier est libre; il peut fixer les prix de ses services et les refuser à celui qui ne les payerait pas ce qu'il les estime; la femme est obligée de subir sa condition, et moyennant les dépenses d'entretien que le mari fera pour elle, et qu'il règlera comme il le voudra, elle devra lui apporter le fruit de son travail de chaque jour.

Ici encore, nous tenons à nous défendre de tout reproche d'exagération: nous examinons la loi telle qu'elle est écrite, et rien que la loi; et nous ne nous dissimulons pas qu'en réalité nulle circonstance de fait n'atténue ce qu'il peut y avoir de vicieux dans cette organisation. Nous remarquerons d'abord qu'en général le régime dotal est adopté lorsque la femme a une certaine fortune à conserver, et que c'est le plus souvent sous le régime de communauté que se font les mariages entre deux personnes n'ayant pour tout capital que leurs bras, et désirant reunir leurs efforts pour

améliorer leur condition. Il est certain, en outre, que bien peu de maris se permettraient cet abus de pouvoir sur leur femme, et que s'il venait à se produire, la séparation de corps serait un moyen efficace de le réprimer. Mais il n'en reste pas moins vrai qu'il est permis et même encouragé par l'organisation du régime dotal.

C'est pour corriger ce vice qui est, au point de vue de la condition de la femme, un vice notable du régime dotal, que l'usage s'est répandu jusque dans les anciens pays de droit écrit de joindre au régime dotal une communauté d'acquêts. Cette communauté comprend : 1° les fruits de tous les biens des époux : biens du mari, biens dotaux, biens paraphernaux ; 2° les bénéfices provenant de l'industrie et du travail des époux ; 3° les biens acquis avec les économies réalisées sur ces profits divers. La masse formée par tous ces biens appartient aux deux époux ; elle est administrée par le mari pendant le mariage, et après sa dissolution la femme retrouve dans la moitié qui lui est attribuée le produit de son travail et la récompense de sa vigilance. Elle redevient ici véritablement l'épouse et la compagne de son mari.

L'adjonction de cette clause de communauté d'acquêts, faisant disparaître en partie ce qu'il y a de défavorable dans la condition de la femme, sous le régime dotal pur, laisse subsister, au contraire, tout ce qui dans ce régime est en sa faveur, et les garanties exceptionnelles qu'il lui assure pour la

conservation et la restitution de sa dot. Il suit de là théoriquement du moins, et abstraction faite de toutes les considérations de fait qui, dans certains cas, peuvent rendre l'inaliénabilité dotale très nuisible à la femme, que le régime formé par la combinaison de ces deux systèmes peut être parfois assez favorable à la femme, à cause des garanties qu'il offre.

Mais revenons au droit d'usufruit du mari, et voyons quelles différences existent entre les rapports d'un usufruit ordinaire avec le nu propriétaire et les rapports du mari usufruitier de la dot avec la femme. Aux termes de l'art. 1550, le mari, à la différence de l'usufruitier ordinaire, est dispensé de donner caution à la femme. L'hypothèque légale de la femme sur les biens du mari, pour toutes ses créances, et spécialement pour celles qui naissent à la suite de détériorations faites par le mari sur les biens dotaux, a paru une garantie suffisante ; et, de plus, le législateur a voulu éviter de faire intervenir un tiers dans ces questions d'indemnités d'époux à époux, assez épineuses par elles-mêmes et déjà fertiles en procès.

Nous nous sommes demandé, en examinant les droits d'usufruit du mari sous le régime de la communauté, si l'art. 585 était applicable à cet usufruit ; nous avons écarté l'application de cet article et nous avons adopté celle de l'art. 548 pour le règlement des frais de labours et semences lors de la dissolution de la communauté. Quant

au règlement de cette question, lors du commencement de l'usufruit, nous avons vu qu'il était sans intérêt, parce que si nous reconnaissions une créance d'indemnité à la femme pour frais de labours et semences, cette créance tomberait en communauté et nous l'avons écartée par la question préalable. Sous le régime dotal, les droits des époux restant distincts, la question reprend tout son intérêt.

Nous pensons qu'en l'absence de tout texte et de toute raison sérieuse pouvant écarter l'application de l'art. 585, il faut décider que le mari ne devra aucune indemnité à sa femme pour les frais de labours et semences, faits avant le mariage (1); cette solution est peu conforme aux intérêts de la femme, parce que le mari doit recueillir tous les fruits et les dépenses qu'elle a faites seront perdues pour elle ; mais nous n'hésitons pas à sacrifier cet intérêt modique à un intérêt d'un ordre plus élevé, celui du maintien de l'union dans la famille ; l'art. 585, fait pour éviter les procès entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, doit être appliqué ici plus rigoureusement que partout ailleurs. De même, à la dissolution du mariage, le mari ne pourra exiger de la femme aucune indemnité ; les difficultés et les dangers d'un règlement seraient assurément moins à craindre dans ce cas ; les dépenses, étant de date récente, il serait facile d'en

(1) Voir en sens contraire : Aubry et Rau, t. v, p. 552, Rodière et Pont, III, 1719.

connaître avec précision le montant ; mais il existe une autre raison d'écarter l'application du principe général de l'art. 548 ; le mari a droit, en vertu de l'art. 1571, à une part des fruits, proportionnelle au temps pendant lequel a duré le mariage dans l'année de sa dissolution ; ce serait évidemment lui faire la part trop belle que de l'autoriser à faire supporter à la femme les frais de labours et semences, et à prendre sa part dans les fruits. Il aurait fallu au moins exiger une contribution proportionnelle de chacun des deux époux à ces dépenses.

Le mari, par une juste réciprocité de ce qui s'est produit à l'ouverture de son droit d'usufruit, supportera donc seul les frais dont nous parlons. Et il n'aura pas lieu de se plaindre, puisqu'il prendra une part des fruits de la dernière année, tandis que la femme a été complétement exclue de toute participation aux fruits qu'il a perçus pendant la première année du mariage.

Sous le régime dotal, le mari perçoit les fruits même naturels jour par jour ; de là, la conséquence que nous avons signalée plus haut incidemment qu'il a dans les récoltes de la dernière année une part proportionnelle au temps pendant lequel a duré son droit d'usufruit dans cette dernière année (art. 1571). De même, quant aux récoltes qui ne se perçoivent qu'à des époques éloignées, telles que les coupes de bois, nous devons dire par extension de la théorie comprise

dans l'art. 1571, que le mari en a une part proportionnelle au temps pendant lequel a duré son usufruit dans la dernière période d'années, égale à celle qui sépare régulièrement ces récoltes. Je suppose, par exemple des coupes de bois se faisant tous les 20 ans. Une coupe ayant été faite par le mari, le mariage s'est dissous dix ans après. Le mari a droit à la moitié de la coupe qui était sur pied lors de la dissolution, et pourra exiger cette valeur lorsque le coupe s'effectuera.

Nous citerons enfin les modifications que la qualité d'administrateur responsable introduit dans les droits du mari comme usufruitier et dans ses obligations à l'égard de la femme. Il doit faire les grosses réparations et non pas seulement, comme l'usufruitier ordinaire, les réparations d'entretien. La femme serait en droit de se faire indemniser pour toute détérioration ou ruine survenue par suite de la négligence qu'il aurait apportée à faire ces réparations. La femme sous le régime dotal a, dans ce cas, un avantage évident sur la femme commune en biens. En effet, sous le régime de communauté, l'obligation qui incombe au mari de réparer le préjudice qu'il lui a causé par sa négligence, grève la communauté comme toutes ses autres obligations. La femme, étant tenue pour moitié de cette obligation, il s'opérera une confusion, à la suite de laquelle elle ne recevra en réalité que la moitié de l'indemnité qui lui est due. Sous le régime dotal rien de semblable

ne se produit : il n'y a rien de commun entre les époux ; et, ce que nous regardons comme un vice de ce régime matrimonial est ici un correctif équitable à cette conséquence exagérée du système de communauté qui fait retomber sur la femme les conséquences des fautes commises par le mari, et cela même lorsqu'elle a été directement victime de cette faute. La dette du mari pour négligence dans son administration lui restera donc absolument personnelle, et la femme recevra son indeminité toute en entière.

Enfin, le mari, pourra à la différence de l'usufruitier ordinaire, se faire indemniser pour les améliorations faites sur les biens de la femme. Nous pouvons appliquer ici en sens inverse l'observation que nous venons de faire. Sous le régime dotal, le mari ayant fait seul et personnellement les dépenses d'amélioration sur les biens de sa femme, a seul droit au remboursement intégral de ces dépenses. Sous le régime de communauté, cette créance ferait partie des biens communs, et la femme ne devrait, en réalité, que la moitié de l'indemnité à son mari.

Bien que le principe que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui soit vrai toujours et partout, le Code n'ayant pas ici spécialement organisé la théorie des récompenses, ce n'est pas par une action *de in rem verso* que le mari agira, comme sous le régime de communauté ; c'est, croyons-nous, par une action de mandat ou de gestion

d'affaires. Cette action lui donnera-t-elle plus de droits que la première et le mari pourra-t-il, sous le régime dotal et sous les régimes où aucun intérêt commun ne confond son patrimoine avec celui de la femme, fixer le montant de sa demande, non d'après la plus-value acquise par les biens de la femme, mais d'après ses déboursés ? Nous ne le pensons pas : un administrateur, quel qu'il soit, ne peut pas ainsi, à son gré, induire le propriétaire des biens qu'il administre en des dépenses exagérées et sans résultat profitable ; aussi est-il de principe, sans qu'aucun texte, à notre connaissance, l'établisse expressément, que l'administrateur peut réclamer les dépenses nécessaires en entier et les dépenses utiles ou d'amélioration jusqu'à concurrence de la plus-value. C'est la règle, qui nous semble devoir être appliquée au mari administrateur des biens de sa femme sous le régime dotal et sous le régime sans communauté.

SECTION II

POUVOIRS DE LA FEMME SUR LES BIENS DOTAUX

La femme sous le régime dotal ne transfère à son mari sur les biens dotaux qu'un droit de jouissance et d'administration : elle reste propriétaire. Nous avons vu dans notre précédente section qu'il en était autrement en droit romain. Nous avons examiné les difficultés auxquelles a donné lieu

cette question, et la marche qu'elle a suivie dans l'ancien droit, et nous avons dit qu'aujourd'hui la question était réglée par le Code, en faveur de la femme, mais en termes qui ne sont malheureusement pas assez formels pour exclure toute controverse.

Citons quelques articles, qui nous paraissent refléter le plus clairement la pensée des auteurs du Code.

L'art. 1549 dit que le mari a l'*administration* des biens dotaux : l'art. 1551 dit que le mari devient propriétaire des meubles, lorsqu'ils sont estimés dans le contrat de mariage, et l'art. 1552 dit qu'il devient propriétaire des immeubles lorsqu'à leur estimation on ajoute la clause que cette estimation vaudra vente ; c'est donc que le mari n'est propriétaire *de plano* ni des meubles ni des immeubles dotaux. Les art. 1555 et 1556 emploient l'un et l'autre les termes suivants : la femme peut avec l'autorisation du mari...., *donner ses biens dotaux*.

M. Troplong, le principal partisan du système contraire, ne prétend pas attribuer au mari un droit exclusif et absolu de propriété. Il est, dit-il, quasi-propriétaire ; et il appuie principalement son opinion sur le droit qui appartient au mari d'exercer les actions immobilières pétitoires. Nous avons répondu à cet argument, en traitant de ce droit du mari. Remarquons d'ailleurs que M. Troplong et les partisans de sa doctrine sont

parfaitement d'accord avec les partisans du droit de propriété de la femme pour tout ce qui concerne la réglementation des droits respectifs de chacun des époux sur les biens dotaux ; car ces droits sont fixés avec assez de précision par le Code lui-même.

Sous le bénéfice de cette observation, qui réduit la discussion à une simple question de mots, et de celle déjà présentée qu'il ne faut pas apporter ici d'idées absolues et chercher à appliquer les mots et les principes ordinaires du droit à des rapports juridiques d'une nature toute particulière, nous demandons à ne pas nous arrêter plus longtemps sur cette controverse.

Nous arrivons au principe essentiel et caractéristique du régime dotal : l'inaliénabilité de la dot. Nous connaissons le point de départ et l'histoire de cette institution célèbre que l'on rencontre à chaque pas dans l'étude de la condition de la femme mariée ; nous savons quelle résistance rencontra son admission dans le Code, et comment, grâce aux instances pressantes des Conseillers d'Etat et des magistrats des pays de droit écrit, elle fut enfin insérée, mais à la condition qu'elle serait immédiatement suivie d'un article proclamant le principe de la liberté des conventions, et permettant aux époux d'atténuer les effets trop rigoureux d'une inaliénabilité absolue. Il nous reste à nous demander quelles sont au point de vue de la condition de la femme les con-

séquences de cette institution, en quoi lui est-elle avantageuse et comment elle peut devenir dans certains cas très-nuisible à ses intérêts.

Il est à remarquer d'abord que c'est contre elle et non contre le mari qu'est prononcée cette interdiction. Sous les autres régimes, de même que sous le régime dotal, le mari, qui aliène un bien de sa femme fait un acte nul ; nous avons eu à étudier le caractère et les effets de cette nullité sous le régime de communauté ; mais c'est seulement sous le régime dotal que la femme elle-même, munie de l'autorisation de son mari, ne peut pas aliéner ses biens dotaux. Quel est donc le fondement de la nullité d'un acte d'aliénation en pareil cas ?

Il faut le voir, nous le pensons, non pas dans une qualité particulière des biens dotaux, mais bien dans une incapacité contractuelle de la femme, qui a abdiqué à l'avance, soit le droit d'aliéner ou d'hypothéquer elle-même, soit le droit d'autoriser son mari à aliéner ou à hypothéquer. C'est un acte de défiance vis-à-vis d'elle-même et vis-à-vis de son mari.

Cette inaliénabilité a son principe dans le sénatus-consulte Velléien, généralisé. Mais, si le Code civil donne le résultat, il ne dit pas la cause. Cependant, la loi du 10 juillet 1850, qui est venue compléter l'art. 1391, est un peu plus explicite : « Si l'acte de célébration de mariage, lisons-nous, porte que les époux se sont mariés sans contrat,

la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter *dans les termes du droit commun.* » N'est-ce pas dire qu'elle ne pourra pas se prévaloir de l'incapacité spéciale qu'elle s'est imposée par le contrat de mariage ? Ne peut-on pas voir, dans ces quelques mots, une allusion directe au régime dotal ?

Cette interprétation admise, nous pouvons en déduire un grand nombre de conséquences, dont voici les principales :

1° La femme dotale, dûment autorisée, s'est obligée pendant le mariage ; l'engagement est parfaitement valable, si elle a des biens paraphernaux, et les créanciers pourront les saisir. Mais, à défaut de biens paraphernaux, ils ne pourront pas saisir les biens dotaux. Arrive la dissolution du mariage. Les créanciers vont-ils pouvoir saisir ces derniers biens ? D'abord, la réponse semble devoir être affirmative ; car, en réalité, il n'y a plus de biens dotaux. La jurisprudence a longtemps hésité. Finalement, la négative a été adoptée (Cassation, 7 juin 1864, toutes ch. réunies). Cela tient à ce que l'inaliénabilité n'est autre chose que la conséquence de l'incapacité spéciale de la femme ; et que l'obligation est née non susceptible d'être exécutée sur les biens dotaux.

2° Supposons qu'avant le mariage, la femme soit tenue de quelques dettes. Elle se marie sous le régime dotal, débitrice. Les créanciers, au cours

du mariage, vont-ils pouvoir saisir ses biens dotaux? Sans doute, puisque, si nous nous transportons, au moment de la naissance des obligations, la femme était parfaitement capable de s'engager. Il suffira que les créanciers présentent un titre ayant date certaine, antérieure au mariage. L'adoption du régime dotal, par leur débitrice, ne peut pas porter atteinte à leurs droits. Il va sans dire, cependant, qu'ils ne pourront saisir que la nue propriété, le mari ne pouvant pas être, malgré lui, privé de la jouissance.

3° Il s'agit d'une obligation de la femme, née pendant le mariage *ex lege*; ainsi, un tiers a géré les affaires de la femme; ou encore l'obligation naît d'un délit ou quasi-délit de la femme. Le créancier peut-il, pour se payer, saisir les biens dotaux? Si l'inaliénabilité des biens dotaux provenait de leur nature même, il faudrait répondre : non. Dans le système de l'incapacité contractuelle, on dira : puisque l'obligation ne naît pas du consentement de la femme, on ne peut rien lui reprocher. L'incapacité de la femme ne peut pas être un obstacle à sa validité; la preuve, c'est que nous voyons les mineurs valablement obligés pour délits et quasi-délits (art. 1310). C'est ce qu'a aussi compris la jurisprudence, qui décide que celui qui est devenu créancier en de pareilles circonstances peut saisir les biens dotaux.

4° Si la femme dotale veuve ratifie les obliga-

tions, qu'elle a consenties au cours du mariage, les créanciers pourront-ils saisir les anciens biens dotaux? Certainement; car, si les obligations contractées par la femme durant le mariage étaient inefficaces, ce n'était qu'à cause de son incapacité. Or, cette incapacité est levée par la ratification et est censée n'avoir jamais existé. Ces obligations, par suite, deviendront parfaitement valables, et donneront aux créanciers le droit de poursuite sur tous les biens de la femme, même sur ses anciens biens dotaux. Telle est aussi la jurisprudence, qui cependant n'admet qu'une ratification expresse.

D'après seulement ces quelques exemples, on peut voir que la doctrine de l'incapacité contractuelle domine dans la jurisprudence. Un grand nombre d'arrêts supposent cette décision.

Empressons-nous de faire remarquer que si, dans cette dissertation, nous nous sommes, à l'instar du Code (art. 1555 et 1556), servi de l'expression générique « *biens dotaux,* » nous n'avons eu en vue que les *immeubles dotaux.* Nous verrons plus loin la portée de notre doctrine, quant à la dot mobilière.

L'inaliénabilité dure autant que le mariage, même pendant la séparation de biens. Au premier abord, il semble que cette situation ne soit pas correcte ; car, par suite de la séparation des biens, le régime dotal disparaît. Cependant, une jurisprudence et une doctrine constante reconnaissent

ce que nous venons de dire. On en peut donner trois motifs : 1° l'art. 1554 ne distingue pas et dit *pendant le mariage ;* 2° la séparation de biens ne fait pas disparaître complétement le régime dotal ; elle ne fait que le modifier, et c'est une garantie de plus ; car, si l'inaliénabilité disparaissait, la séparation de biens ne serait pas favorable à la femme ; 3° enfin, même en cas de séparation de biens, la dot reste à son affectation primitive : seulement, au lieu d'être administrée par le mari, elle l'est par la femme.

Quid, en cas d'aliénation des immeubles dotaux, malgré leur aliénabilité ?

Si la femme n'a pas encore délivré l'immeuble qu'elle a vendu, elle pourra, par l'exception de dotalité, paralyser le droit de l'acheteur. Mais, si déjà il y a eu délivrance, la femme pourra user de l'action révocatoire de la femme dotale (art. 1560).

Cette action révocatoire peut se présenter sous un double aspect.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — Il se peut que l'aliénation ait été faite par la femme ou le mari fondé de pouvoir de sa femme.

L'aliénation n'est qu'annulable : car elle émane du véritable propriétaire. Ici l'action révocatoire n'est qu'une action de nullité, basée sur l'incapacité de la femme. Point n'est besoin de faire remarquer d'abord que l'acquéreur ne peut pas

demander la nullité (art. 1125), et ensuite que la femme, à la dissolution du mariage, peut, à son gré, exercer l'action ou ratifier la vente. Elle peut exercer son action pendant dix ans (art. 1304), après ce délai, l'acquéreur peut lui opposer une prescription libératoire : le point de départ, si le mari n'a pas consenti à l'aliénation, sera, aux termes de l'art. 1304, la dissolution du mariage; dans le cas contraire, nous l'étudierons plus loin. En cas d'éviction, la femme ne sera pas tenue à garantie, à moins que *quatenus locupletior factus fuerit*, conformément à l'art. 1312; autrement l'exercice de son action serait paralysé. Cette opinion est bien rigoureuse ; et il semblerait préférable d'admettre que la femme, qui évince, sera tenue à garantie, sinon sur tous ses biens même dotaux pour quasi-délit, au moins sur ses biens paraphernaux ; mais la jurisprudence est contraire.

Deuxième hypothèse. — L'aliénation a été consentie par le mari *suo nomine*. La vente est nulle ; l'acheteur lui-même peut se prévaloir de cette nullité, à cause de la non-qualité du vendeur. Quant à l'action révocatoire que peut exercer la femme, c'est une véritable action en revendication, qui ne se perdra que par une prescription acquisitive. La femme dotale devenue veuve pourra bien consentir une nouvelle vente, mais il ne lui suffira pas d'une ratification pour consolider la première.

Ajoutons que la femme a une seconde action à sa disposition. En effet, le mari a commis le délit civil de stellionat ; il a engagé sa responsabilité vis-à-vis de sa femme ; celle-ci pourra se retourner vers lui, en vertu de l'art. 1382, par une action en responsabilité, garantie par l'hypothèque légale.

La femme a le choix entre ces deux actions, quoique cela soit fâcheux et donne lieu à une sorte de chantage. En effet, si elle exerce l'action en revendication, c'est le tiers évincé qui est la victime, dans le cas où le mari n'offrirait pas des garanties suffisantes ; si, au contraire, elle exerce l'action en responsabilité, ce sont les créanciers du mari, qui vont souffrir ; car grâce à son hypothèque légale, elle va passer avant eux.

Mais *quid*, si le mari a vendu l'immeuble dotal de sa femme, sans dissimuler à qui il appartenait ?

Les conventions doivent être interprétées d'après l'intention probable des parties. L'intention commune a dû être que le mari promettait la ratification de sa femme et que le cocontractant se contentait de cette promesse. Dès lors, l'acheteur ne peut pas se faire délier de ses engagements, et est à la discrétion de la femme, qui aura le droit après la dissolution du mariage de ratifier l'aliénation et de demander le paiement du prix ; ce qui n'aurait pas lieu, si le vendeur était un étranger quelconque, non marié sous le régime dotal. Du reste, l'acheteur n'est pas tenu de payer im-

médiatement le prix ; car, tant qu'on ne lui aura pas rapporté la ratification de la femme, l'acheteur ayant juste sujet de craindre d'être évincé, peut refuser de payer le prix, par application de l'article 1653.

Comme garantie de l'inaliénabilité du fond dotal, l'art. 1561-1° en établit d'une manière générale l'imprescriptibilité. Aussi, si le fonds dotal est déclaré aliénable, la corrélation n'existant plus, il sera perscriptible. Cette exception n'est pas unique. L'art. 1561-1° proclame l'imprescriptibilité pendant le mariage, *à moins que la prescription n'ait commencé auparavant*. Le motif se trouve dans cette considération que le mariage à l'égard du tiers prescrivant est une *res inter alios acta*, qui ne suffit pas pour interrompre sa prescription.

Une question qui embarrasse fort les auteurs est celle de savoir, si la séparation de biens judiciaire entraîne la prescriptibilité du fonds dotal. L'art. 1560 dit positivement : non. L'art. 1561-2° répond aussi catégoriqument : oui. L'antimonie est flagrante. Comment l'expliquer ? comment concilier ces textes qui semblent si opposés ?

Il est certain que, primitivement, les rédacteurs du Code ont envisagé l'imprescriptibilité du fonds dotal comme une conséquence de son inaliénabilité. C'est sous l'influence de cette idée qu'ils ont composé l'art. 1560, où on lit que l'imprescriptibilité dure autant que le mariage. Cette consé-

quence était logique. Mais ce point de vue fut ultérieurement abandonné, sur la demande du Tribunat, qui était contraire au régime dotal. Un revirement s'opéra dès lors dans les esprits, et l'on finit par admettre l'imprescriptibilité, non pas comme une conséquence de l'inaliénabilité, mais parce que, seul, le mari avait en main l'exercice des actions pétitoires, en considérant qu'il n'était pas juste que la femme souffrît de sa négligence. Cette idée admise, que la femme reprenne l'exercice de ses actions par suite d'un jugement de séparation de biens, et l'imprescriptibilité n'a plus sa raison d'être. Telle est la conclusion logique que consacre l'art. 1561-2°. Mais, en écrivant cet art. 1561-2°, les rédacteurs du Code auraient dû modifier, dans l'article précédent, la disposition qui n'était plus conforme avec le point de vue nouveau auquel ils se plaçaient ; malheureusement, ils n'y ont point songé.

Cependant, malgré cette argumentation, bon nombre d'auteurs pensent que l'art. 1561-2° n'a pas aboli l'art. 1560. Mais ces articles s'appliqueraient dans des cas différents.

L'art. 1560, disent-ils, suppose une prescription *libératoire* de l'action en révocation de l'aliénation consentie par la femme ou son fondé de pouvoir.

L'art. 1561-2° suppose, au contraire, une prescription *acquisitive*. Tels sont les cas où le tiers possesseur s'est mis lui-même en possession de

l'immeuble ; les cas où cet immeuble a été aliéné par d'autres que les époux, ou même par le mari, qui n'est pas tenu à garantie, soit parce qu'il a déclaré la qualité du bien, soit parce qu'il l'a aliéné à titre gratuit... etc., autrement, ce serait l'art. 2256-2° qu'il faudrait appliquer.

EXCEPTIONS A LA RÈGLE DE L'INALIÉNABILITÉ DES IMMEUBLES DOTAUX

Il y a des cas, cependant, où les immeubles dotaux peuvent être aliénés. Ces cas peuvent être rangés en quatre classes.

1re Classe. — La femme peut aliéner l'immeuble dotal avec l'autorisation du mari, ou, sur son refus, avec celle de justice.

1° Pour l'établissement des enfants qu'elle a eus d'un précédent mariage (art. 1555).

2° Pour toute autre cause, lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage (art. 1557).

Bien entendu, dans ces deux cas, si la femme n'est autorisée que de justice, son aliénation ne pourra pas porter atteinte au droit de jouissance du mari.

Ici se présente la question de savoir la femme lorsqu'elle s'est réservé le droit d'aliéner, a conservé le droit d'hypothéquer. La jurisprudence aujourd'hui répond invariablement : Non ; et

nous croyons cette réponse conforme aux principes du droit. En effet, par cela seul que la constitution d'hypothèque paraît être un acte moins grave que l'aliénation, elle est plus dangereuse. Il est donc logique de présumer que la femme, qui s'est cru assez d'énergie pour résister à son mari qui la sollicitera de disposer de ses biens au profit de son crédit, a voulu, néanmoins, en restant incapable d'hypothéquer, se mettre à l'abri d'une demande, qu'il est d'autant plus difficile de repousser, qu'on voit moins clairement les conséquences de son exécution.

Souvent encore le contrat de mariage porte que les immeubles dotaux pourront être aliénés sous condition de remploi. Dès lors, si la condition n'est pas remplie, l'aliénation n'est pas valable; il en résulte que les tiers qui ont traité, deviennent responsables pour défaut de remploi.

2e Classe. — Pour l'établissement des enfants communs, la femme peut aliéner les immeubles dotaux, pourvu qu'elle soit autorisée de son mari; mais, si cette autorisation suffit, elle est indispensable (art. 1556). Les deux époux portant un égal intérêt aux enfants communs, la loi suppose que si le mari s'oppose à la donation que son conjoint se propose de faire, c'est qu'il doit avoir pour cela de justes raisons.

3e Classe. — Cas où la femme ne peut aliéner à l'amiable un immeuble dotal qu'avec l'autorisation de la justice. L'art. 1559 nous présente cette

hypothèse. Il s'agit de l'échange d'un immeuble dotal contre un autre immeuble de même valeur, pour les quatre cinquièmes, au moins. Cet échange peut être très-utile; ainsi, deux époux de Marseille allant établir leur domicile à Lille, on comprend combien il sera heureux pour la femme de pouvoir échanger ses immeubles de Marseille contre des immeubles de Lille. Mais la justice intervient pour vérifier cette utilité, et se convaincre, en faisant procéder par experts à l'estimation de ces immeubles, que l'échange est sérieux (art. 1559).

4e Classe. — Cas où, indépendamment de l'autorisation de justice qui est indispensable, l'aliénation ne peut se faire qu'aux enchères, selon les formes des ventes des biens des mineurs.

Ces cas, prévus par l'art. 1558, sont basés sur des considérations d'équité, d'utilité ou d'honneur, ils se présentent :

1° Lorsque le mari ou la femme est retenue en prison pour dettes. Nous rencontrons ici un motif d'utilité : l'absence de l'époux pourrait, en effet, apporter grand préjudice au ménage. Nous n'avons pas besoin de rappeler la grande restriction faite à l'application de cette disposition par la loi du 22 juillet 1867.

2° Lorsqu'il faut fournir des aliments, soit au ménage seulement, soit aux membres de la famille, qui y ont droit, aux termes des art. 203, 205 et 206 du titre *du Mariage*. Nous n'avons pas

à insister sur les motifs d'utilité ou plutôt de nécessité de cette sage disposition.

3° Quand il s'agit de payer les dettes de la femme, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage.

Le but de la loi a été de permettre à la femme d'éviter les frais, et cette espèce de déshonneur qui s'attacheraient à la saisie, que les créanciers antérieurs au mariage auraient le droit d'opérer. Or, à notre sens, tous les créanciers antérieurs au contrat de mariage, tant chirographaires qu'hypothécaires, ont le droit de saisir les immeubles de la femme, pourvu que les obligations aient date certaine.

Cette opinion, quoique contestée par plusieurs auteurs, est néanmoins communément admise : on en peut donner deux raisons :

1° Elle résulte des travaux préparatoires du Code civil, où il est dit que si on autorise la femme à aliéner, c'est afin d'éviter la saisie imminente.

2° L'inaliénabilité des immeubles dotaux n'empêche la femme de les aliéner que parce qu'elle s'est rendue *incapable*. Voilà pourquoi les créanciers postérieurs au contrat de mariage ne peuvent pas les saisir ; mais on ne comprend pas que cette prohibition puisse s'étendre aux créanciers antérieurs au contrat de mariage.

Jusqu'ici nous avons supposé que les dettes étaient arrivées à échéance ; mais il se peut qu'il n'en soit pas ainsi. Que déciderons-nous alors ?

L'aliénation, quelquefois, sera indispensable pour arrêter la ruine de la femme. Ainsi, elle doit 20,000 fr. à 5 0/0, et son immeuble, qui vaut aussi 20,000 fr., ne produit que 2 0/0. Dans ce cas, nous ne doutons pas que, pour une raison d'extrême nécessité, le tribunal n'autorise la femme à aliéner son immeublè.

4° Cette disposition s'applique aussi pour payer les dettes faites avant la constitution de la dot par le constituant. Ainsi, la femme préviendra la saisie, si la créance est hypothécaire, ou si la constitution dotale est universelle. Il y a, en tous cas, pour la femme un motif d'honneur à ne pas laisser entacher la réputation de son bienfaiteur, dont elle est le plus souvent la parente très-rapprochée.

5° Pour faire de grosses réparations, indispensables pour la conservation de l'immeuble dotal. Ici, il y a un motif d'impérieuse nécessité. Nous pensons même que le mari, malgré la femme, mais en la mettant toutefois en cause, pourrait obtenir de justice, l'autorisation de vendre quelques immeubles pour la réparation des autres.

6° Enfin, lorsqu'un immeuble se trouve indivis avec des tiers et qu'il est reconnu impartageable. Ainsi s'exprime l'art. 1558-6°, qui prévoit sans doute l'hypothèse où les époux demandent le partage, non pas en nature, mais par licitation, sous prétexte que l'immeuble est impartageable. On comprend l'intervention de la justice, qui a be-

soin, pour déjouer toute fraude, de s'assurer si l'allégation des époux est bien exacte.

Nous n'avons pas besoin d'ajouter que la justice dans tous les cas où elle peut permettre d'aliéner peut aussi *a fortiori* permettre d'hypothéquer ; ce qui parfois sera plus avantageux. La constitution d'hypothèque n'offre pas ici de danger, à cause de l'intervention de la justice.

DOT MOBILIÈRE.

Dot mobilière. — Les droits de la femme sur la dot mobilière sont bien différents suivant qu'on la déclare aliénable ou inaliénable.

En principe, elle devrait être aliénable. L'aliénabilité en effet est de droit commun ; et il a fallu des textes spéciaux (rubrique de la section II du *Régime dotal*, et art. 1554) pour rendre inaliénables les immeubles dotaux. Le Code étant muet à propos des meubles, n'est-il pas évident qu'ils continuent à rester aliénables? Et voyez où nous entraînerait l'opinion contraire? Nous avons vu que les art 1557, 1558, 1559, font exception à la règle de l'aliénabilité des *immeubles* dotaux ; mais ils ne parlent en aucune façon de *meubles*. Faut-il dès lors décider que les meubles sont *absolument inaliénables*, quelque dure que soit la nécessité qui oppresse les époux? Ainsi, ils pourront mourir de faim, mais défense de toucher aux meubles ! Cette opinion est aussi absurde dans ses

conséquences, qu'elle est peu juridique, et cependant c'est celle de la jurisprudence. Un arrêt de la Cour de cassation du 1er février 1819 la consacre définitivement.

On dit que, lorsqu'on a un pied dans l'arbitraire on ne tarde pas à y entrer tout entier. C'est ce qu'a prouvé la jurisprudence, en interprétant et en modifiant à sa façon le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Voici ce qu'elle dit :

D'abord l'inaliénabilité des biens mobiliers ne touche pas le mari ; il peut en jouir et disposer à sa guise ; ce serait une trace du droit romain, qui en accordait la propriété au mari ; en tous cas, ce pouvoir semblerait bien résulter des termes généraux de l'art. 1549, quoique, à notre sens, rien ne soit plus douteux.

C'est quant à la femme seulement, que la dot mobilière est *inaliénable*, en ce sens qu'elle ne peut soit directement, soit indirectement, quoi que dûment autorisée, engager, amoindrir, compromettre, abandonner ou céder ni les objets compris en sa dot, ni l'action en restitution, dont elle est investie contre le mari, ni enfin la garantie hypothécaire attachée par la loi à cette action.

Les arrêts allèguent surtout 3 motifs :

1° Les articles 1555 et 1556 dans la partie du chapitre consacré à l'inaliénabilité permettent à la femme de donner *ses biens dotaux* pour l'établissement de ses enfants : donc les biens dotaux sont

en principe *inaliénables*. Est-il besoin de faire remarquer que par *biens dotaux*, on entend aussi bien les *meubles* que les immeubles?

Cet argument pourrait peut-être être déterminant, si les art. 1555 et 1556 étaient isolés; mais ils comportent des exceptions au principe de l'inaliénabilité des *immeubles* que renferme l'art. 1554. Il est dès lors à peu près évident que, par cette expression *biens dotaux* des art. 1555 et 1556, les rédacteurs du Code n'ont envisagé que les *immeubles* dotaux, et cela d'autant plus naturellement qu'ils ont montré plus d'une fois le peu d'importance qu'ils attachaient à la possession des meubles, *mobilium vilis possessio*.

2° Si l'art. 83 du Code de Procédure exige la communication au ministère public des affaires concernant *la dot* des femmes mariées sous le régime dotal, c'est pour empêcher des aliénations déguisées, qui pourraient résulter de condamnations judiciaires volontairement acceptées. Or, par le mot générique *dot*, l'art. 83 comprend aussi bien la dot mobilière que la dot immobilière.

Cet argument n'est pas sérieux. L'art. 83, Proc. civ., est un article d'énumération tout à fait étrangère au régime dotal, et c'est en exagérer considérablement l'importance que de s'en servir pour établir l'inaliénabilité de la dot mobilière. Cet article confie au ministère public un certain nombre d'intérêts divers; ceux des présumés absents, mineurs, personnes défendues par un cura-

teur, des femmes non autorisées par le mari ; spécialement les intérêts des femmes dotales, même autorisées; mais ce n'est que la conséquence de cette idée que la dot de la femme mariée sous le régime dotal doit être protégée par-dessus tout.

La preuve que cette communication n'est pas la conséquence ou la sanction de l'inaliénabilité, c'est qu'elle devrait avoir lieu alors même que la dot serait déclarée aliénable.

La jurisprudence ne saurait donc tirer de cet article aucun argument en sa faveur.

3° Enfin, on a dit que l'inaliénabilité de la dot mobilière n'était plus douteuse depuis que la loi du 23 mars 1855 a déclaré dans son article 9 que la subrogation à l'hypothèque légale est possible « *dans les cas* où la femme ne peut pas disposer de son hypothèque ». Il y a donc des cas où la femme ne peut pas disposer de son hypothèque légale. Où rencontrera-t-on cette situation, si ce n'est dans le régime dotal?

Mais cet argument n'est pas admissible. Les travaux préparatoires expliquent la rédaction de cet article. On a voulu seulement maintenir le *statu quo*, pour ne pas troubler la jurisprudence.

Ajoutons, pour terminer notre étude, qu'en cas de séparation de biens judiciaire, la femme d'après la jurisprudence reprendra l'administration de ses biens dotaux ; mais non plus le *droit de disposer* des meubles; car elle n'a plus pour la protéger la responsabilité de son mari.

En dehors des cas que nous venons de parcourir, où il est permis à la femme d'aliéner les biens dotaux avec l'autorisation soit du mari soit de justice, nous trouvons fort restreints les droits qu'elle peut exercer pendant le mariage. Cette restriction a pour causes les pouvoirs étendus du mari et l'inaliénabilité des biens dotaux.

Nous ne parlons pas du droit de tester qui ne lui est reconnu que parce que le moment où il est véritablement exercé est le moment de la mort, et qu'alors il n'y a plus ni mariage ni dot ; et qui, d'ailleurs, comme nous l'avons déjà fait remarquer, n'est pas une manifestation du droit de propriété, puisqu'il n'est pas nécessaire d'être propriétaire de la chose dont on dispose au moment où est fait le testament.

Le seul point de cette matière, qui demande quelques explications, est le refus fait à la femme de toute action en justice, relative à ses biens dotaux, et l'attribution exclusive faite au mari de l'exercice de ses actions.

Cette opinion, très généralement admise par les auteurs contemporains, nous semble imposée par les termes formels de l'art. 1549 : « Le mari *seul* a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. Il a *seul* le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs.....» Aucune difficulté ne s'est élevée quant aux pouvoirs d'administration ; la nature même de ces pouvoirs exige l'unité dans leur exercice et aucun auteur n'a supposé qu'il

ait été dans l'intention des rédacteurs du Code, sans aucun régime, d'appeler la femme à partager ces pouvoirs avec son mari. Mais il n'en est pas de même de l'exercice des actions, relatives aux biens dotaux, et sur ce point il s'est produit quelques divergences d'opinions.

Les quelques auteurs, qui ont combattu la doctrine en faveur de laquelle nous nous sommes prononcé, et parmi lesquels nous citerons Toullier (t. XIV, n°s 141 et s.) et MM. Rodière et Pont (*Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 1758) n'osent pas affirmer, en présence des termes si explicites des actions relatives à la dot. Mais ils arrivent par un détour à une théorie semblable, et le raisonnement qui les y conduit et dont nous montrerons le vice, les amène à dire non-seulement que la femme peut agir en justice, mais qu'il est impossible qu'il en soit autrement, les termes de l'art. 1549 fussent-ils plus formels et plus catégoriques encore. Oui, disent-ils, en principe, le mari seul peut intenter les actions relatives aux biens dotaux ; mais il est certain qu'il peut, en vertu de ce pouvoir, donner mandat à la femme d'agir à sa place, et d'intenter elle-même ses actions ; or, l'autorisation qu'il lui donne équivaut à un mandat, et avec cette autorisation la femme peut agir comme si elle était munie d'une véritable procuration de son mari.

Il est incontestable, en effet, que le mari peut donner mandat à sa femme d'exercer pour lui

telle ou telle action en particulier ; mais ce qui nous paraît vicieux et absolument inadmissible dans le raisonnement des auteurs, que nous avons nommés, c'est l'assimilation qu'ils prétendent faire d'un mandat donné par le mari et de l'autorisation maritale. Ce sont là deux choses complétement différentes dans leur nature même, dans leurs caractères et dans leurs effets. L'autorisation maritale n'a qu'un but : relever la femme de son incapacité ; le mandat est un acte tout à fait étranger par sa nature à l'incapacité de la femme mariée. La femme agissant, en vertu de l'autorisation du mari, agit pour son propre compte tant en la forme qu'au fond ; c'est son nom qui figure dans les actes écrits qu'elle fait : c'est elle seule qui devient débitrice ou créancière ; si elle agit en vertu d'un mandat, c'est le mari, qui est directement en cause: c'est lui seul qui est créancier ou débiteur. Toullier semble avoir complétement perdu de vue la différence qui existe entre une autorisation et un mandat, quand il écrit la phrase suivante : « Quelle différence y a-t-il entre donner procuration d'agir ou de recevoir et autoriser à agir ou recevoir pour nous ? Dans l'un et l'autre cas, celui qui a souscrit l'autorisation ou la procuration n'est-il pas lié par ce qu'a fait pour lui la personne autorisée ? » Il est impossible d'admettre une semblable théorie, qui est la négation même du principe : *Quid auctor est non se obligat*. Non ; la femme qui agit avec l'autori-

sation de son mari n'oblige qu'elle : une exception est faite à ce principe sous le régime de communauté pour des raisons spéciales qui tiennent à l'organisation de ce régime ; mais le principe est incontestable. Au contraire la femme qui agit en vertu d'un mandat oblige son mari et ne s'oblige pas elle-même.

Il suit de là que lorsque la femme agit comme mandataire, il n'est pas nécessaire qu'elle soit elle-même nantie du droit qu'elle exerce, puisque, en réalité, c'est son mari qui agit par son intermédiaire ; et cela est si vrai que c'est le nom du mari qui devra figurer dans les actes de la procédure, à cause de la maxime : *nul ne plaide par procureur*. Lorsque, au contraire, la femme agit avec une simple autorisation, cela suppose que le droit qu'elle exerce réside en sa personne même, et l'autorisation maritale n'a pour but que de lever un obstacle qui s'opposait à ce qu'elle l'exerçât.

On nous accusera peut-être de formalisme. Nous reconnaissons, en effet, que la théorie de Toullier, fausse au point de vue juridique, peut être très-exacte comme considération de fait, et qu'un mari, qui ne sera pas jurisconsulte, ne fera pas une grande différence entre un mandat qu'il donnerait à sa femme d'agir en justice et une simple autorisation, et que dans l'un et l'autre cas son intention sera la même. Mais cette observation ne doit pas nous arrêter, et il ne faut pas parce que dans ce cas une confusion est rendue possible,

attribuer les mêmes effets à deux actes complétement différents.

La femme dotale ne peut donc pas, pendant le mariage ou avant la séparation de biens, exercer ses actions ; c'est au mari seul qu'appartient ce droit, et il l'exerce sans le concours de la femme.

Une difficulté s'élève sur ce dernier point, au sujet d'une action spéciale régie par des règles particulières : nous voulons parler de l'action en partage de biens dotaux indivis entre la femme et des tiers. Le mari a l'exercice de cette action, comme de toutes celles qui appartiennent à la femme, cela n'est pas douteux ; mais cette action est soumise par le Code, quant aux conditions de capacité ou autres qui sont requises pour l'exercer, à des règles tout à fait spéciales ; et l'art. 818 exige, notamment en ce qui concerne le mari, qu'il agisse avec le concours de sa femme, toutes les fois qu'il ne s'agira pas de biens destinés à tomber en communauté ; s'il agit seul, le partage ne vaudra que comme partage de jouissance. Inversement, les cohéritiers ou copropriétaires de la femme doivent, lorsqu'ils prennent l'initiative de la demande en partage, mettre en cause le mari et la femme.

Cette exception faite en faveur de la femme, quant à l'action en partage, ne date pas du Code civil. Nous trouvons dans le Code de Justinien une constitution (L. 2. Code, *de fundo dotali*), qui nous dit expressément que le mari ne peut intenter

seul l'action *communi dividundo* contre les copropriétaires du fonds dotal, cette constitution date de l'empereur Gordien, c'est-à-dire d'une époque où le mari était, sans contestation possible, considéré comme *dominus dotis*.

Un certain nombre d'auteurs considérables, parmi lesquels nous citerons Delvincourt (III, p. 332) et M. Troplong (*Traité du contrat de mariage*, T. IV, n° 3108) refusent d'admettre ici l'application de l'art. 818, sous prétexte que, lorsqu'il a été fait, les rédacteurs du Code ne prévoyaient pas que le régime dotal serait organisé plus tard, et prétendent que la règle spéciale à ce régime est dans l'art. 1549, dont il ne faut pas s'écarter. Que si, se transportant sur leur propre terrain, on leur objecte que c'est dans le droit romain qu'il faut chercher les règles du régime dotal, ils répondent que la loi 2, *de fundo dotali*, ne peut pas être transportée du droit romain, où le partage était translatif de propriété, dans le droit français, où il n'est que déclaratif. Nous avons déjà réfuté cette erreur qui tend à faire de la fiction de l'article 883 un principe absolu, et nous avons dit que cet article, en dehors des cas restreints en vue desquels il a été fait, n'empêchait pas le partage d'être un acte réellement translatif de droits.

Nous ajouterons qu'il ne nous semble pas nécessaire que le rédacteur de l'art. 818 ait prévu spécialement le régime dotal ; il a visé d'une manière générale tous les cas où le mari n'est pas

appelé à acquérir un droit de propriété sur les biens sujets à partage, et dans tous ces cas, parmi lesquels se trouve évidemment celui dont nous nous occupons, il a exigé le concours de la femme.

La seconde partie de l'art. 818, qui exige le concours de la femme, même lorsque le mari est défendeur à l'action en partage, écarte la solution donnée par la loi 2, *de fundo dotali*, d'après laquelle le mari pouvait défendre seul à l'action *communi dividundo*. Les Romains voyaient dans un partage fait dans ces conditions une aliénation nécessaire qui échappait à la loi *Julia*, et que le mari pouvait faire sans l'intervention de la femme.

Donc, en résumé, contrôler l'administration du mari afin de pouvoir, lors de la restitution de la dot, lui demander des dommages-intérêts, et même, s'il est nécessaire, demander la séparation de biens, intervenir, soit activement, soit passivement dans les actions en partage des biens dotaux, disposer de ces biens par testament, tels sont, avec les pouvoirs exceptionnels (art. 1555 à 1559), mentionnés plus haut, les seuls droits qui appartiennent à la femme, tant qu'elle reste sous l'empire du régime dotal. Elle ne peut ni administrer les biens dotaux, ni exercer les actions qui lui appartiennent de ce chef, ni en percevoir le revenu.

SECTION III

POUVOIRS DES ÉPOUX SUR LES PARAPHERNAUX

Les biens paraphernaux sont ceux que la femme a voulu soustraire à l'action du mari. C'est en quelque sorte un petit patrimoine qu'elle s'est réservé en se dépouillant de ses biens dotaux pour en percevoir elle-même les revenus et pouvoir contracter des obligations, pour conserver en un mot une part de la vie civile, que le double principe des pouvoirs du mari sur la dot et de l'inaliénabilité dotale auraient sans cette réserve, presque complétement éteinte en elle.

Les droits du mari sur cette classe de biens sont donc très-restreints; il n'a quant à eux, d'autres pouvoirs que ceux qu'il tient de sa qualité même de mari, et qui sont une conséquence directe de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme.

Ces pouvoirs sont compris dans le droit que lui accorde l'art. 225, de demander la nullité des obligations contractées par la femme, des aliénations qu'elle a consenties et des procès où elle a figuré activement ou passivement sans son autorisation.

Dans le cas particulier et très fréquent où les époux conformément à l'art. 1581, ont ajouté à la clause de dotalité une société d'acquêts, on s'est

demandé si cette seconde clause ne donnait pas au mari le droit d'administrer même les paraphernaux et d'en percevoir les fruits.

L'art. 1581, dit-on, renvoie aux art. 1498 et 1499 ; or, d'après ces articles, les revenus de tous les biens personnels des époux composent l'actif commun, de là, le droit pour le mari de se comporter en administrateur et usufruitier sur tous ces biens sans exception.

D'autres auteurs, en plus grand nombre, repoussant cette opinion, soutiennent que le régime dotal est, après tout, le véritable régime du contrat de mariage ainsi rédigé, que la stipulation de communauté d'acquêts n'est qu'un accessoire, que par suite la distinction entre les biens dotaux et les biens paraphernaux doit être maintenue et que le seul effet de la clause de communauté est de mettre en commun l'excédant des revenus des biens paraphernaux perçus par la femme et l'excédant des revenus des biens dotaux perçus par le mari. Ils appuient leur opinion de cette considération puissante que la clause de communauté d'acquêts, ayant été introduite en faveur de la femme, ce serait mal l'interpréter que de la faire tourner à son détriment (Rodière et Pont, t. II, 737, Aubry et Rau, t. V, p. 644).

Cette question n'est pas, à notre avis, susceptible d'une solution absolue et invariable. C'est avant tout une question d'interprétation de la volonté des parties, susceptible, par conséquent, de so-

lutions différentes, suivant les termes du contrat de mariage et les autres circonstances de fait, propres à servir de base à cette interprétation. Les auteurs les plus affirmatifs dans l'une ou l'autre des deux opinions que nous avons exposées, seraient les premiers, en présence de telle ou telle circonstance particulière, à donner une solution contraire.

Toutefois, il ne nous semble pas téméraire d'affirmer que, dans la plupart des cas, lorsqu'une femme, après avoir adopté le régime dotal avec communauté d'acquêts, s'est réservé soit tacitement, par une constitution de dot limitée à certains biens, soit expressément des biens paraphernaux, l'intention des parties a été que l'administration et l'usufruit de ces biens resteraient à la femme. En cette considération et à défaut de circonstances particulières desquelles il résulterait que la femme a entendu remettre à son mari l'administration et la jouissance de ses paraphernaux, et que la clause de paraphernalité n'a eu d'autre but que de lui conserver une certaine part à la vie civile, de lui permettre, par exemple, de contracter des obligations, nous sommes disposé à admettre comme règle générale et solution de droit commun, l'opinion professée par MM. Aubry et Rau, Rodière et Pont, et un grand nombre d'autres auteurs.

La femme, après avoir employé à son gré, et sans que le mari puisse lui en demander compte,

les revenus de ses paraphernaux, devra apporter à la communauté, les économies qu'elle aura réalisées. Dès ce moment, le mari en sera seigneur et maître, et la femme n'aura plus sur les biens ainsi apportés que les droits que nous lui avons reconnus sur les biens communs sous le régime de communauté.

Il arrive souvent que, sous le régime dotal, même sans qu'aucune stipulation de communauté d'acquêts ait été insérée dans le contrat de mariage, la femme, lassée de l'administration de ses paraphernaux, en laisse le soin au mari, beaucoup plus apte qu'elle à la direction des affaires d'intérêt. Le Code prévoyant cette situation extra légale l'a réglementée dans trois articles que nous nous contenterons de citer. Chacun de ces articles a en vue des cas différents.

L'art. 1577 suppose que la femme a donné au mari mandat exprès d'administrer ses biens ; la responsabilité du mari est alors soumise aux règles ordinaires du mandat.

L'art. 1578 suppose que le mari a administré les paraphernaux sans mandat de la femme, mais sans opposition de sa part ; il ne doit compte à la dissolution du mariage, que des fruits non consommés. Ceux qui ont été consommés sont considérés comme ayant été employés dans l'intérêt commun de toute la famille.

L'art. 1579 suppose que le mari a retenu, malgré l'opposition constatée de la femme, l'adminis-

tration et la jouissance de ses paraphernaux ; il est dans ce cas comptable de tous les fruits qu'il a perçus, sans distinction de ceux qui existent lors de la dissolution du mariage et de ceux qui ont été consommés.

Enfin, sans avoir à entrer dans plus de détails sur la condition civile de la femme dotale, quant à ses biens paraphernaux, il nous suffit, pour la connaître, de dire qu'elle a absolument les mêmes droits et obligations que la femme séparée de biens.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Il serait maintenant très-intéressant de faire, d'une manière détaillée et approfondie, une étude comparée de la condition de la femme mariée dans les différentes législations contemporaines. Mais, outre que ce travail demande des connaissances spéciales et peu communes, il est en dehors du cadre d'une Thèse de Doctorat.

Nous ne pouvons, cependant, résister au désir d'indiquer les points les plus saillants des principales législations étrangères, dans le but de faire ressortir d'une manière plus évidente les progrès qui ont été accomplis en France et ceux qu'il nous reste à faire. Nous demandons, donc, la permission de présenter un aperçu succinct de la condition de la femme mariée, en Russie, en Allemagne, en Italie, en Angleterre et aux Etats-Unis.

RUSSIE

Encore au XVII[e] siècle, la femme russe était aussi sévèrement recluse que dans les harems de la Turquie. Elle était soumise à une tutelle perpétuelle : la jeune fille affranchie par la mort de son père, l'épouse par la mort de son mari, retombaient sous la tutelle d'un frère, d'un parent, ou à leur défaut sous la puissance de l'Eglise.

Le christianisme étroit du Bas-Empire avait amené cette infériorité du sexe. Pendant des siècles, on répandait dans la Russie cette traduction en langue du pays d'un texte assez célèbre de Cosmas de Chalcédoine : « Croyez les sages qui disent que la femme ne doit pas s'aviser d'en remontrer à son mari. Elle doit se taire et lui être soumise. Adam a été créé le premier, Eve seulement après, et le Seigneur lui dit : *Tu seras gouvernée par ton mari; tu travailleras par ses ordres, tu lui obéiras tous les jours de ta vie.* Les femmes seront sédentaires, obéiront à leurs maris *comme l'esclave obéit à son maître.* Le chef de l'homme, c'est le Christ; le chef de la femme, c'est son mari. Le mari n'a pas été créé la chose de la femme, mais la femme a été créée la *chose* de l'homme. La femme ne peut donc élever la tête plus haut que son mari, sans outrager le Christ. »

A ce compte, combien de dames françaises, et des plus pieuses, outrageraient le Christ, sans s'en douter!

Comme sanction de toutes ces prescriptions, le mari avait le droit de correction manuelle; seulement, il lui était recommandé de ne point se servir *de gourdins trop gros ni de bâtons ferrés.*

Pierre le Grand, en élevant au trône une ancienne vivandière de ses armées, tira les femmes de leur asservissement. L'impératrice Catherine, dominée par son passé, chercha à détruire les anciennes mœurs, et, malgré quelques résistan-

ces, les Russes cédèrent à cette influence qui venait de si haut.

Les réformes féminines de Pierre le Grand et de Catherine ont reçu la consécration du temps. La femme russe, de nos jours, participe aux travaux et aux bénéfices de la vie sociale. Dans le mariage, chacun des époux est libre de disposer de ses biens personnels, de les hypothéquer, etc... sans la permission de son conjoint (art. 84, Code russe). Enfin, l'art. 86 du même Code permet toute espèce de contrats entre époux.

ALLEMAGNE

Jusqu'au siècle dernier, la tutelle des femmes, peu dissemblable de celle qui existait à Rome, était encore en vigueur. Aujourd'hui, la plupart des États qui composent l'Allemagne l'ont abolie, et dans ceux qui l'ont conservée, elle n'est plus qu'une simple formalité. La femme ne reconnaît d'autre pouvoir que celui de son mari, qui a beaucoup d'analogie avec la puissance maritale de notre Code.

De même, le sénatus-consulte Velléien, qui est resté longtemps une des bases de la législation allemande, a été aboli par plusieurs États et considérablement transformé par les autres. Ainsi le Code prussien de 1794 dispose qu'il suffit de mettre la femme en garde par une notification contre les suites de son engagement.

La femme a l'administration non-seulement de ses hardes, bijoux, etc... et du *don du lendemain*, mais encore de toute la partie de sa fortune qu'elle s'est réservée par contrat intervenu avant ou après le mariage. Quant à ces biens, la femme peut consentir des aliénations, intenter ou soutenir des procès, sans l'autorisation du mari (art. 318). Tout le reste de son patrimoine est censé apport et est administré par le mari, en qualité d'usufruitier.

En Prusse, les donations entre époux ne diffèrent pas des autres donations et ne sont pas plus révocables que celles faites à des étrangers ; mais, si le mari tombe en déconfiture, ses créanciers peuvent faire révoquer les donations faites dans les trois années qui ont précédé cet état (art. 310).

Le Code prussien n'a pas supprimé les coutumes locales, et l'on conçoit quelle influence cet état de choses doit avoir sur les contrats de mariage. Ainsi, dans toutes les provinces où la communauté est établie, toute la fortune ou les acquêts seulement des époux sont soumis à ce régime dans toute l'étendue régie par les lois et les coutumes provinciales. Dans les localités où la communauté, au contraire, n'est pas en vigueur, les époux peuvent la stipuler par contrat, mais seulement avant le mariage. Cette dernière disposition reçoit cependant une exception dans le cas où des conjoints, après leur mariage, viennent habiter un pays de communauté ; ils peuvent

alors se soumettre à ce régime par contrat, même après le mariage.

Il est bon aussi de faire remarquer une certaine mesure édictée par le législateur, pour permettre aux tiers de savoir à quel régime un mariage a été soumis ; elle consiste dans l'obligation de faire publier et homologuer le contrat de communauté en justice (356) (Anthoine de Saint-Joseph, *Introd.*, p. XXV).

ITALIE

En 1865, le Code civil italien a été promulgué pour devenir exécutoire à partir du 1er janvier 1866. Il est donc tout récent.

Nous y lisons que la femme, comme en France, est sous la puissance de son mari ; elle ne peut donner, aliéner, hypothéquer, etc. sans l'autorisation de son mari.

Mais « le mari peut, par acte public, donner à la femme une autorisation générale pour tous lesdits actes » (art. 134).

L'autorisation n'est plus nécessaire, 1° si le mari est mineur, interdit, absent, ou, étant condamné à plus d'un an de prison, pendant la durée de sa peine; 2° si la femme est légalement séparée par la faute du mari ; 3° quand elle est commerçante (art. 135).

Le Code italien a organisé deux régimes : le régime dotal et le régime de la communauté; mais l'un et l'autre sont conventionnels. Sous

quel régime seront donc mariés deux époux, qui n'ont pas fait de contrat ? Le Code n'en dit rien. Cependant, comme l'art. 1425 dit que tous les biens non constitués en dot sont paraphernaux, il faut déduire que s'il n'y a pas de contrat, on appliquera aux biens de la femme les règles de la paraphernalité.

Sous le régime dotal, la dot et les reprises dotales, porte l'art. 1405, pourront être engagées ou aliénées du consentement des époux et en vertu d'une décision du tribunal, qui ne pourra accorder son autorisation que dans les cas de nécessité ou d'utilité évidente.

Il n'est pas permis aux époux de contracter d'autre communauté universelle de biens que celle des acquêts (art. 1433).

Les époux adoptant le régime de communauté sans d'autres explications, les dispositions contenues au titre *des Sociétés* seront applicables (art. 1434).

En tous cas, ne pourront être compris dans la communauté ni l'actif, ni le passif présent des époux, ni ce qui pourra leur échoir par succession ou donation pendant la communauté. Dès lors, elle se trouvera forcément réduite aux fruits, et aux acquêts réalisés pendant sa durée (art. 1435 et 1436).

Enfin, faisons remarquer en terminant, que la loi italienne a voulu assurer une existence honorable à l'époux survivant. Lorsque l'époux défunt

laisse des enfants légitimes, l'autre époux a sur son hérédité l'usufruit d'une portion héréditaire égale à celle qui appartiendrait à chaque enfant à titre de légitime, en comptant aussi l'époux dans le nombre des enfants (art. 812).

Si le testateur ne laisse pas de descendants, mais des ascendants, la part réservée à l'époux est le quart en usufruit (art. 813).

La quotité d'usufruit de l'époux est le tiers, lorsque le testateur ne laisse ni descendants ni ascendants, ayant droit à la légitime (art. 814). V. *Traduction du Code italien*, par M. J. Orsier.

ANGLETERRE

Le mariage, en Angletarre, a pour effet de faire de deux personnes auparavant distinctes une seule personne légale : « *Vir et uxor sunt quasi unica persona, quasi caro una et sanguis unus* ». (*Bracton*, liv. V, chap. XXV.) C'est aussi ce que dit Stephen, qui intitule ainsi le chapitre du mariage : *of the legal identity between husband and wife* (de l'identité légale entre le mari et la femme).

Par le mariage donc le mari et la femme ne forment plus qu'une seule personne légale, une *identité*, et dans cette personne l'élément de la femme disparaît au sein de la plus rigoureuse confusion.

Or, cette *unité*, cette *identité* légale est une ins-

titution d'une logique inflexible. Le mari ne pourra rien donner à sa femme, excepté par testament, la libéralité dans ce dernier cas ne devant avoir son effet que le jour où la femme aura recouvré sa personnalité distincte ; il ne pourra consentir avec elle aucun contrat ; il ne pourra y avoir entre eux aucune instance judiciaire ; car, ainsi que le fait remarquer Stephen, s'il en était autrement, cela conduirait à la présomption d'une double existence, ce qui est incompatible avec la fiction légale.

Par suite de cette confusion, le mari est investi de tous les droits de l'épouse, même de ceux qui résultent de violences, de diffamations, d'injures.

Si le mari peut disposer à sa guise du mobilier de la femme, il ne peut pas aliéner ses immeubles, même avec son consentement ; on présume qu'elle ne saurait pas résister aux suggestions de son mari.

Il est superflu d'observer que l'autorisation maritale n'est pas en usage chez nos voisins d'outre-Manche ; la femme anglaise contracte bien plutôt comme mandataire de son mari qu'en son nom propre.

Tel est le droit pur et strict de l'Angleterre, le *common law*. Mais, en fait, il est juste de dire qu'il est rarement appliqué de nos jours ; car, les *Cours d'équité* remplissant un rôle analogue à celui du Préteur romain, ont inventé de nombreux moyens pour tromper la rigueur de ces

principes. Ainsi, le *Common law*, qui prohibe l'aliénation des immeubles de la femme, a été tourné très-habilement, au moyen d'une subtile fiction, que présente le fidéicommis, mais dont les détails nous entraîneraient trop loin; qu'il nous suffise de savoir qu'on a été insensiblement conduit à conférer au mari la faculté de vendre les immeubles avec la seule adhésion de sa compagne. En résumé, grâce à l'intervention et aux efforts des *Cours d'équité*, la femme a une personnalité distincte, et elle a des biens en propre qu'elle administre, et dont même elle dispose. Rien ne l'empêche de contracter avec son conjoint; bref, elle est avec lui sur un pied de parfaite égalité.

La législation anglaise conserve pourtant encore des traces indélébiles de son origine féodale. Ainsi, la fille est exclue par le fils de l'hérédité paternelle; il est interdit à la femme de disposer de ses biens par testament, sans l'autorisation de son mari. Enfin, si le mari tue sa femme, il est puni comme le serait tout autre individu; au contraire, la femme coupable de meurtre sur la personne de son mari subit la peine des régicides.

ETATS-UNIS

Aux Etats-Unis régnait d'abord le principe de la confusion de la personne de la femme dans celle du mari (*identity*); car, le *common law* avait suivi

les émigrés anglais sur les bords de l'Ohio et du Mississipi. Mais, là aussi, la vieille loi a été battue en brèche, si bien que maintenant il n'en reste plus que quelques traces, qui, à leur tour, ne tarderont pas à disparaître.

C'est ainsi que dans l'Etat du *Mississipi*, la femme mariée peut devenir propriétaire à n'importe quel titre gratuit ou onéreux avec plein et absolu droit de disposition (loi de 1839).

En *Californie*, d'après une loi de 1850, la femme a la propriété distincte de tous les biens qu'elle avait avant le mariage, ou qui lui échoient ensuite par succession, testament ou donation. Tous les fruits et tous les biens acquis par les époux durant le mariage sont biens communs. Au décès de l'un des époux, la moitié de la communauté va au survivant, et l'autre aux descendants du défunt, à la charge de payer les dettes de ce dernier. Si le défunt ne laisse aucun descendant, la propriété passe tout entière au survivant (Kent., t. II, p. 115).

Dans l'Etat de *New-York*, fut votée le 7 avril 1848 et amendée le 11 avril 1849, une loi, dont voici les deux principales dispositions :

1° Désormais, toute femme mariée aura la propriété particulière et distincte de ses biens, *comme si elle était femme libre ;* elle ne sera point assujettie au payement des dettes de son mari, ni soumise à sa volonté disérétionnaire ;

2° Toute femme mariée peut hériter ou recevoir,

par donation ou autrement, de toute personne autre que son mari ; elle possède sa propriété et peut en disposer *comme si elle n'était pas mariée.*

Une autre loi, du 20 mars 1860, porte que l'époux survivant aura toujours l'usufruit viager du tiers de la propriété immobilière du défunt.

Dans le *Maine*, un statut de 1852 reproduit les dispositions de la loi de 1848, dont nous venons de parler.

Même observation pour le *New-Jersey*, depuis 1852, et pour le *Maryland*, depuis 1853 (V. *le Mariage en Angleterre et aux États-Unis*, par M. Colfavru).

Dans les autres États, la réforme qui s'opère graduellement n'est pas encore radicale ; mais déjà la personnalité de la femme a été reconnue distincte de celle du mari ; si elle n'a pas encore le libre exercice de tous ses droits, l'heure sonnera bientôt où le but sera atteint.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — La femme mariée qui se trouve sous la tutelle de ses agnats ne peut pas tomber *in manu* par l'*usus*.

II. — Tout contrat entre conjoints, pendant la *manus*, ne pouvait donner lieu qu'à une obligation naturelle.

III. — C'est à tort que l'on a prétendu que la *manus* ne produisait pas d'effets sur la personne de la femme.

IV. — La prohibition d'hypothéquer le fonds dotal ne vient pas de la loi *Julia*.

DROIT FRANÇAIS

I. — On ne reconnaît comme suffisamment spéciale l'autorisation donnée par le mari à sa femme que lorsqu'elle est donnée en vue d'un acte déterminé, dont l'époque et les conditions sont précisées.

II. — L'autorisation donnée par le mari, postérieurement à l'acte fait par la femme, n'enlève pas à celle-ci son action en nullité.

III. — Les contrats sont permis entre époux ; et il suffit de l'autorisation maritale pour habiliter la femme.

IV. — On ne doit pas conserver l'ancienne règle : « *Quæ temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum.* »

V. — Les tiers qui ont traité avec la femme non autorisée ne peuvent la mettre en demeure d'opter pour la nullité ou la validité du contrat.

Après la mort de la femme, le mari peut demander la nullité des actes faits par sa femme non autorisée dans les cas où il a intérêt.

VI. — La femme peut, en intervenant à un acte de donation fait par le mari d'un immeuble commun, valider cette donation.

VII. — Les époux vendant un immeuble commun, moyennant une rente viagère, ne peuvent pas la stipuler réversible sur la tête du survivant d'eux.

VIII. — La femme séparée de biens peut en général, sans autorisation, vendre ses meubles d'une manière indéterminée, même en dehors des limites d'une sage administration.

IX. — Mais elle ne peut pas les aliéner à titre gratuit.

X. — Elle peut acquérir, sans l'adhésion du

mari, des meubles ou des immeubles, pour placer ses revenus ou capitaux.

XI. — Les obligations de la femme séparée, valablement contractées, sont exécutoires même sur ses immeubles ; mais elle ne pourrait pas les hypothéquer.

XII. — L'inaliénabilité des biens dotaux a pour cause l'incapacité contractuelle de la femme.

XIII. — La dot mobilière est parfaitement aliénable.

XIV. — Sous le régime dotal, le mari a seul le droit d'exercer les actions relatives aux biens dotaux ; le concours de la femme est cependant exigé pour l'action en partage de biens dotaux indivis entre elle et des tiers.

DROIT CRIMINEL

I. — Le condamné à la peine principale de la dégradation civique n'est pas dépouillé du droit d'autorisation maritale.

II. — Il y a des cas où la loi pénale aura des effets rétroactifs.

DROIT PUBLIC

I. — Les cours d'eau non navigables ni flottables appartiennent aux riverains, contrairement à la jurisprudence.

II. — L'autorisation accordée par l'administration d'établir un atelier incommode ou insalubre ne fait pas obstacle à ce que les voisins se pourvoient devant la juridiction civile pour obtenir des dommages-intérêts.

Vu par le Président de la thèse :

COLMET DE SANTERRE.

Vu par le Doyen:

G. COLMET DAAGE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :

A. MOURIER.

Paris-Vaugirard. — Typ. N. Blanpain, 7, rue Jeanne.

TABLE DES MATIÈRES

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Paris. — Typographie N. Blanpain, rue Jeanne, 7.





